

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT

1957

# LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES

*(en droit suisse, en droit allemand et en droit français)*

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT  
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

CLAUDE /NARBEL

LICENCIÉ EN DROIT

LAUSANNE

IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1957





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA40153518\\_0261](https://archive.org/details/IA40153518_0261)



**LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES**

**(EN DROIT SUISSE, EN DROIT ALLEMAND  
ET EN DROIT FRANÇAIS)**

## IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Claude NARBEL, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : *Les droits acquis des fonctionnaires*.

Lausanne, le 15 mai 1957.

Le Doyen de la Faculté de droit :

GUY FLATTET.

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE  
FACULTÉ DE DROIT

# LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES

*(en droit suisse, en droit allemand et en droit français)*

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT  
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

CLAUDE NARBEL  
LICENCIÉ EN DROIT

LAUSANNE  
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1957

*Que Monsieur le Professeur Henri Zwahlen nous permette de lui exprimer ici notre très vive reconnaissance pour ses précieux conseils et pour l'extrême bienveillance qu'il n'a cessé de nous témoigner.*

*Veuille Monsieur le Juge fédéral André Panchaud, qui nous a proposé cette étude et a bien voulu s'y intéresser, agréer également nos sentiments de profonde gratitude.*

## ABRÉVIATIONS

|             |                                                                                   |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| AöR         | Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen                                          |
| CE          | Conseil d'Etat français                                                           |
| CF          | Constitution fédérale                                                             |
| DJZ         | Deutsche Juristenzeitung, Berlin                                                  |
| DöV         | Die öffentliche Verwaltung, Berlin                                                |
| DRZ         | Deutsche Richterzeitung, Cologne                                                  |
| FF          | Feuille fédérale de la Confédération suisse                                       |
| GC          | Grundgesetz, Constitution provisoire de la République allemande, du 23 mai 1949   |
| JT          | Journal des Tribunaux                                                             |
| JW          | Juristische Wochenschrift, Berlin                                                 |
| RDP         | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris |
| Rec.        | Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, Paris                                       |
| RGZ         | Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen                                    |
| RISA        | Revue internationale des sciences administratives, Bruxelles                      |
| RO          | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral                                   |
| SJ          | Semaine judiciaire                                                                |
| TF          | Tribunal fédéral                                                                  |
| Verw. arch. | Verwaltungsarchiv, Berlin                                                         |
| WV          | Weimarer Verfassung, Constitution de Weimar, du 11 août 1919.                     |
| ZBJV        | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins                                        |
| Zbl.        | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung                   |
| ZSR         | Zeitschrift für schweizerisches Recht. Neue Folge.                                |



## INTRODUCTION

Depuis un certain nombre d'années, l'expression *les droits acquis des fonctionnaires* a pris figure de véritable formule; on peut même dire, tant il en est fait état, qu'elle a passé du strict vocabulaire juridique dans le langage courant. Cependant, un examen très superficiel de la question suffit à montrer à quel point les notions que recouvrent ces termes sont divergentes autant qu'imprécises. Les différents contacts que nous avons pu avoir avec des personnes directement intéressées aux problèmes touchant la fonction publique nous ont révélé la diversité des idées reçues au sujet de ces droits acquis. Il nous est ainsi apparu que notre travail pouvait n'être pas inutile, s'il contribuait à apporter quelque clarté sur une institution souvent mentionnée, mais qui reste mal connue.

Le lecteur ne doit donc pas s'attendre à trouver ici une construction originale sur le thème choisi, construction qui viendrait s'ajouter aux multiples conceptions qui ont vu le jour à propos des droits acquis. Nous avons limité notre ambition à une étude critique de la doctrine, de la jurisprudence et du droit positif sur cette question.

Avant d'examiner le problème, tel qu'il se pose et se résout dans notre pays, il nous a paru intéressant et judicieux de rendre compte, dans leurs grandes lignes, des solutions qui y ont été apportées en Allemagne et en France. De nombreux domaines de notre droit se présentent, en effet, comme un compromis entre les conceptions souvent très différentes du droit allemand et du droit français. Remonter aux origines de nos institutions juridiques, c'est souvent étudier le droit de ces pays voisins. On constatera que l'institution des droits acquis ne fait pas exception à cette règle.

Il ne nous échappe pas que la complexité du sujet ne nous a pas permis, dans le cadre limité d'une thèse, d'aller jusqu'au fond de tous les problèmes qui se posent. La théorie des droits acquis des fonctionnaires fait appel à d'importantes questions qui, souvent, restent encore très controversées. Nous n'avons fait alors que recueillir les données qui nous paraissaient le plus fermement établies, pour en faire la base de ce travail.

Pour situer notre sujet et dégager les questions principales que nous aurons à nous poser, il y aura lieu d'entreprendre préliminairement l'étude des principes qui régissent la situation juridique des fonctionnaires. En effet, la nature juridique des droits des fonctionnaires va nécessairement dépendre des conceptions en vigueur sur le caractère du lien unissant les agents publics à l'Etat. Pour achever d'exposer les données générales du problème, nous devons ensuite tenter de préciser ce que l'on doit entendre par « droit acquis ». Ces deux questions feront l'objet de notre premier chapitre.

## Chapitre premier

### *NOTIONS PRÉLIMINAIRES*

#### Section 1. LE FONCTIONNAIRE FACE À L'ÉTAT <sup>1</sup>

Au terme d'une évolution assez rapide, le droit de la fonction publique, importante partie de ce domaine relativement neuf de la science juridique qu'est le droit administratif, a trouvé, avec son autonomie, une récente stabilité. Les exigences particulières de la mission de l'Etat, mission entièrement dominée par l'idée d'intérêt public, ont imposé un régime juridique de la fonction publique distinct des institutions de droit privé. Le service de l'Etat, au sens moderne de ce terme, ne peut jamais se concevoir comme identique à celui d'un particulier, même gros employeur. Des rapprochements entre la situation des salariés et celle des fonctionnaires peuvent évidemment être faits; il n'en reste pas moins que, juridiquement, ces situations présentent des différences essentielles.

Dans la plupart des pays européens, il est progressivement apparu que la notion de contrat, qui, à l'origine, servait à la définition du lien unissant l'agent public à l'Etat, ne traduisait pas la réalité de ce lien. Les éléments de discussion, de compromis, d'accord égalitaire faisaient défaut. Lorsque l'Etat procède à la nomination d'un fonctionnaire, il agit comme puissance publique. Le rapport de droit ainsi créé ne lie pas deux parties juridiquement égales; il soumet, au contraire, le fonctionnaire à un statut général, légal ou réglementaire, préétabli unilatéralement par l'autorité publique.

Cette règle fondamentale résulte de l'inégalité des intérêts en présence : d'une part, le service public, conçu pour assurer la satisfaction de l'intérêt général, d'autre part, le fonctionnaire, qui n'a de prétentions à faire valoir que celles qui sont conciliables avec cet intérêt général.

<sup>1</sup> Dans le cours de notre travail, nous utiliserons le terme « Etat » dans l'acception très large de collectivité publique employant un personnel administratif, c'est-à-dire qu'il peut signifier aussi bien la commune que la Confédération ou le canton.

Le rapport de service se caractérise donc, avant tout, comme un rapport de subordination. Devoirs et avantages du fonctionnaire ne résultent pas d'un compromis des intérêts en présence, mais sont établis du seul point de vue du bon fonctionnement des services publics, c'est-à-dire de l'intérêt public <sup>2</sup>. C'est également là la justification des obligations particulières inhérentes à la fonction publique et des droits spéciaux de l'autorité sur ses agents, par lesquels se manifeste la situation prépondérante de l'Etat à l'égard de son personnel.

Ainsi le rapport de service comporte-t-il un devoir de fidélité dont les conséquences s'étendent jusqu'à la vie privée de l'agent <sup>3</sup>. De ce devoir découlent, en effet, plusieurs restrictions à la liberté individuelle, par exemple : l'interdiction de se livrer à certaines occupations accessoires, l'obligation d'établir son domicile dans un rayon déterminé par l'autorité, l'interdiction de la grève, l'interdiction de certaines activités politiques, l'obligation imposée à l'agent démissionnaire, dans des cas exceptionnels, de rester en fonctions contre son gré, etc. <sup>4</sup>. Toutes ces mesures sont dictées par le seul intérêt du service public. Il en est de même des pouvoirs spéciaux que l'Etat se réserve sur les fonctionnaires : pouvoir hiérarchique, pouvoir disciplinaire, droit de supprimer l'emploi, droit de modifier la loi du service <sup>5</sup>.

En acceptant sa nomination, le fonctionnaire se soumet donc à un statut dont il ne peut discuter les dispositions; il se soumet également à une discipline et à des obligations qui dépassent celles des autres individus <sup>6</sup>. Il s'engage à faire passer l'intérêt de la collectivité avant

<sup>2</sup> « Les obligations des fonctionnaires sont caractérisées par la prédominance de l'intérêt public dans le rapport de droit unissant le fonctionnaire à l'Etat. Ses droits sont précisés en vertu de ce même intérêt public, en ce sens qu'ils doivent permettre au titulaire d'accomplir convenablement sa fonction de service public. » A. Favre, *Cours de droit public*, Fribourg 1954, II, p. 99. Cf. également R. Grégoire, *La fonction publique*, Paris 1954, p. 32 ss.

<sup>3</sup> « Ce qui, d'une façon générale, caractérise le fonctionnaire, ce n'est pas la nature des devoirs de sa charge, ce n'est pas non plus simplement le mode de sa nomination, c'est bien plutôt le rapport de subordination qui existe entre lui et l'Etat, c'est le fait qu'il est au service de l'Etat. Ce rapport implique non seulement l'obligation de remplir consciencieusement certains devoirs particuliers, mais aussi une obligation générale de fidélité et d'obéissance envers l'Etat. De plus, ce rapport ne laisse pas d'influer sur la vie privée du fonctionnaire, il lui impose certaines restrictions. » RO 47 II 45.

<sup>4</sup> « Pratiquement aucun service ne comporte un assujettissement aussi complet, aussi absolu que le service de l'Etat, qui enlève, en quelque sorte, à ceux qui s'y consacrent le droit de disposer librement de leur personne. » A. Henry, *Théorie de la stabilité des emplois publics*, RISA 1926, p. 23.

<sup>5</sup> Cf. R. Secrétan, *La situation juridique des fonctionnaires*, Lausanne 1930, p. 15. — Nous emploierons l'expression « loi du service » dans le sens que lui donne la doctrine française, à savoir : ensemble de la réglementation concernant les fonctionnaires.

<sup>6</sup> On notera encore que le Code pénal définit à ses articles 312-317, 319 et 320 une série de délits qui n'intéressent que les fonctionnaires et les membres d'une autorité.

son intérêt personnel <sup>7</sup>. Selon une conception proprement européenne, la fonction publique n'est pas un métier, mais bien un service <sup>8</sup>. Serviteur de la collectivité, le fonctionnaire reçoit une mission, celle de consacrer toute son activité à la bonne marche des services publics, soit à l'intérêt général.

De nos jours, cependant, l'individu qui entre au service de l'administration publique et accepte l'étroit assujettissement que comporte cet état, n'agit pas, la plupart du temps, par pur dévouement à la collectivité. Il entend y faire carrière et tirer profit de son activité.

A l'époque de la formation des Etats modernes, les fonctionnaires, peu nombreux, jouissaient d'une haute considération auprès de leurs concitoyens. La fonction publique était surtout recherchée pour l'honneur qui y était attaché. Mais, avec le développement considérable des administrations publiques, le personnel administratif s'est accru dans d'énormes proportions. Il s'ensuivit une évolution de l'opinion publique, à la défaveur des fonctionnaires et, également, une transformation psychologique chez ces derniers avec l'apparition d'un véritable prolétariat aux échelons inférieurs de la fonction publique. C'est donc dans des avantages plus concrets que les agents de l'Etat cherchent aujourd'hui la contrepartie des obligations particulières qui leur sont imposées.

Soumettant les fonctionnaires à un régime spécialement strict, l'Etat se doit de compenser cette rigueur en leur accordant un certain nombre d'avantages, qu'il détermine unilatéralement, mais dans la perspective d'un recrutement satisfaisant pour l'administration et d'un fonctionnement optimum des services publics.

Le fonctionnaire, tenu de vouer son activité tout entière au service de la collectivité, est ainsi en droit d'attendre de l'Etat qu'il pourvoie à son entretien par une rémunération correspondante au rang social où le placent ses fonctions. Dans un régime démocratique, la fonction

<sup>7</sup> « Si l'engagement oblige l'Etat à certaines prestations et en particulier au versement d'un salaire, il impose, d'autre part, au personnel des obligations précises. La première d'entre elles est de ne jamais se dresser en adversaires de l'intérêt public qu'ils ont pour obligation à la fois de respecter et de défendre. L'administration, qui est créée pour le public, ne doit jamais être une arme que les fonctionnaires puissent retourner contre la collectivité. On a pu dire avec assez de raison qu'elle est un dépôt qui leur est confié dans l'intérêt de tous et dont ils doivent compte à la collectivité. Les intérêts du personnel sont respectables, certes, mais on ne saurait songer à les laisser primer ceux des administrés. » Message du Conseil fédéral, du 18 juillet 1924, à l'appui du projet de loi sur le statut des fonctionnaires. FF 1924, III, p. 5.

<sup>8</sup> Aux USA, au contraire, l'emploi administratif, qui fut considéré primitivement comme une récompense pour les services rendus au parti au pouvoir (« système des dépouilles ») est resté un métier, une occupation, qui ne se distingue pas des emplois privés. Cf. A. Plantey, *Traité pratique de la fonction publique*, Paris 1956, p. 13. — R. Grégoire, op. cit., p. 30 ss.

publique doit être ouverte à tous les citoyens, sans autre distinction que leurs capacités et leurs vertus<sup>9</sup>. Sa gratuité aboutirait à l'application du principe censitaire, les emplois administratifs n'étant, de fait, accessibles qu'aux riches. En outre, la rémunération des fonctionnaires prévient les dangers de corruption et de prévarication. Elle est donc indispensable.

Le traitement doit, en principe, avoir un caractère viager. En effet, la carrière administrative exclut, pour celui qui s'y consacre, l'espoir d'un enrichissement. L'Etat doit donc prendre en charge l'entretien de ses agents, leur vie durant, et subvenir aux besoins de leurs survivants. Le droit au traitement se prolonge ainsi en un droit à la pension, dès la mise à la retraite. De plus, ces droits principaux sont complétés par d'autres avantages pécuniaires : augmentation annuelle, indemnité de résidence, allocation familiale, allocation complémentaire basée sur le coût de la vie, indemnités pour dépenses de service, ou pour travaux spéciaux, primes, récompenses, gratifications, etc.

Le fonctionnaire bénéficie encore d'avantages non pécuniaires, comme le droit à des vacances annuelles, le droit à des prestations en nature (par exemple : logement, uniforme) et le droit à sa fonction, c'est-à-dire le droit à n'être éloigné de son poste que dans les cas expressément prévus par la loi.

Tels sont les droits le plus généralement reconnus aux fonctionnaires<sup>10</sup>. Suffisent-ils à compenser l'étroit assujettissement auquel l'Etat contraint ses agents ?

Il est de notoriété que la situation matérielle faite aux fonctionnaires est, de façon générale, moins favorable que celle des employés du secteur privé. Quel est alors l'élément décisif qui pousse vers la fonction publique des candidats assez nombreux pour assurer un recrutement satisfaisant du personnel administratif ? indubitablement la stabilité des emplois publics<sup>11</sup>. L'individu qui se consacre à une carrière administrative en accepte les devoirs particulier en contrepartie de la sécurité qui y est attachée. La réalité montre bien qu'aucun emploi n'est aussi stable que la fonction publique. On peut dire que la perspec-

<sup>9</sup> Ainsi la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927/24 juin 1949 (citée *infra* : statut des fonctionnaires fédéraux dispose à son article 2 : « Est éligible en qualité de fonctionnaire, toute personne de nationalité suisse, jouissant d'une réputation intacte. »

<sup>10</sup> Nous ne prétendons pas donner une liste exhaustive des droits que l'autorité peut accorder aux fonctionnaires. Selon la fonction considérée et selon l'Etat employeur, ces droits peuvent varier. Nous nous contentons de citer les plus importants et les plus généraux.

<sup>11</sup> « Le seul avantage particulier aux administrations publiques qui puisse contrebalancer la situation spéciale qui y est faite au personnel, c'est, il faut le reconnaître, la stabilité de l'emploi. » A. Henry, *op. cit.*, p. 27.

tive d'un poste promis à une incontestable continuité et relativement à l'abri des fluctuations économiques constitue très généralement l'attrait le plus puissant du service public.

Le régime juridique des fonctionnaires devra donc répondre à deux idées, dont l'opposition est plus apparente que réelle :

1° La fonction publique n'est pas faite pour le fonctionnaire, mais bien le fonctionnaire pour la fonction. Le service public est tout entier dominé par l'idée d'intérêt général. Dès lors, la situation des fonctionnaires ne doit pas constituer un obstacle juridique aux modifications qui, dans l'intérêt public, doivent être apportées à la loi du service. Cette loi doit rester essentiellement modifiable.

2° Cependant, un maximum de stabilité doit être assuré à la fonction publique, et ceci non seulement dans l'intérêt personnel des agents, mais également dans celui de l'administration, qui doit tendre vers le recrutement des meilleurs.

Mais, imbu de cette idée de stabilité, le fonctionnaire entend avant tout que les avantages de sa fonction restent intacts. De cet état d'esprit découle une tendance manifeste chez les agents publics à considérer comme inique toute mesure destinée à modifier leur situation dans un sens défavorable. Ils contestent volontiers à l'Etat le pouvoir juridique de porter atteinte à leurs avantages, invoquant à ce propos leurs « droits acquis ».

Qu'en est-il de cette institution des droits acquis ? Quelle est sa portée réelle, appliquée au rapport de service ? Dans quelle mesure, enfin, le fonctionnaire peut-il prétendre à l'intangibilité des avantages qui lui sont conférés ? Telles sont les questions qui font l'objet de notre étude.

## Section II. LA NOTION DE DROIT ACQUIS

Avant d'étudier l'institution du droit acquis dans le cadre de la fonction publique, nous devons tout d'abord chercher à définir ce terme. Une telle tentative se heurte cependant à de grandes difficultés. Car l'examen de cette question a tôt fait de révéler que l'expression *droit acquis* (*jus quaesitum*, *wohlerworbenes Recht*) n'est pas exempte de toute ambiguïté. Nous nous bornerons toutefois à relever brièvement ses principales acceptions.

S'il faut remonter fort haut dans le moyen âge pour retrouver l'origine lointaine de la doctrine, le terme lui-même apparaît vraisemblablement à l'époque des régimes absolutistes. En effet, on le trouve,

en Allemagne spécialement, chez les théoriciens du droit de la nature et des gens, qui cherchaient à protéger le justiciable contre l'arbitraire du Prince. Il sert alors à désigner les droits que l'individu acquiert par le fait de la vie sociale et qui constituent son patrimoine, en opposition aux *jura connata*, droits innés de la personne humaine <sup>12</sup>. Formant la sphère juridique particulière de chaque individu, les *droits acquis* et les *droits innés* devaient être soustraits à toute atteinte de la part du Prince. On limitait donc par là le caractère absolu du pouvoir monarchique <sup>13</sup>. La théorie du fisc allait ensuite intervenir pour permettre au justiciable d'ouvrir action contre l'Etat, en cas de violation de ces droits.

La doctrine du *jus quaesitum* trouvait donc son fondement dans le principe de droit naturel selon lequel le droit n'est pas l'expression de la volonté arbitraire du Prince, mais est en dehors et au-dessus de lui.

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où les théories de droit naturel cédaient le pas au positivisme juridique, qui tendait à admettre la toute-puissance absolue du législateur, l'institution perdit peu à peu de sa substance. On limita tout d'abord le bénéfice de l'intangibilité aux seuls droits fondés sur des titres particuliers, à l'exclusion de ceux qui découlent de la loi <sup>14</sup>, pour considérer ensuite que le juge avait pleine liberté pour admettre qu'il y avait droit acquis <sup>15</sup>. Ainsi, alors que *von Gerber* qualifie encore une atteinte aux droits acquis comme « un abus du droit de légiférer » <sup>16</sup>, *Meyer* exprime mieux la position de la doctrine dominante, en déclarant que pour de telles atteintes on peut, au plus, exiger du législateur qu'il fasse preuve de « prudence et de modération » <sup>17</sup>. C'était admettre que l'expression *droit acquis* était pratiquement devenue lettre morte.

Dès lors, ce terme reparaît dans la doctrine et la jurisprudence, désignant des notions souvent hétérogènes, sans que l'on puisse en trou-

<sup>12</sup> Cf. G. Meyer, *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig 1895, p. 7. — Anschütz, *Verw. Arch.* 1897, p. 7 ss. — Daniels, *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten in Theorie und Praxis*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932. — Beyerle, *Die wirtschaftliche Sicherstellung der Beamten in der Reichsverfassung*, Leipzig 1931, p. 20 ss. — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris 1928, p. 231 (cité *infra* Droit const.).

<sup>13</sup> Köttgen, *Beamtenrecht*, Breslau 1929, p. 53.

<sup>14</sup> Cette doctrine fut instaurée par Lasalle, *System der erworbenen Rechten*, 1861.

<sup>15</sup> Dans un article intitulé « Incompétence ratione temporis » — RDP 1953, p. 19 — M. Auby paraît revenir à une telle conception empirique des droits acquis, lorsqu'il les définit comme des droits « établis plutôt dans l'intérêt du particulier que dans l'intérêt public, et dont le maintien et l'exercice dans le régime de la réglementation ancienne ne présente pas d'inconvénients graves ».

<sup>16</sup> C. F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Berlin 1880, p. 40.

<sup>17</sup> G. Meyer, *op. cit.*, p. 43.

ver une définition admise de façon générale <sup>18</sup>. Il intervient notamment dans la doctrine française du XIX<sup>e</sup> siècle, à propos du problème de l'application des lois dans le temps <sup>19</sup>. Pour distinguer les situations juridiques qui peuvent être touchées par un changement de la législation et celles qui ne le peuvent pas, on opposait, en effet, les simples expectatives aux droits acquis, les seconds seuls échappant à la règle nouvelle <sup>20</sup>. Cette distinction fut développée, en France, spécialement par les commentateurs du Code civil, pour servir à l'interprétation de l'article 2 de ce code. — On sait que cette règle pose, de la manière la plus générale, le principe de la non-rétroactivité des lois, principe qui toutefois ne s'impose qu'au juge, et non au législateur —. Cependant, faute d'analyse juridique précise, on ne parvint jamais à établir une distinction rigoureuse entre ces notions. On affirmait que la loi nouvelle ne pouvait toucher aux droits acquis, mais si l'on tente de dégager de cette doctrine une notion générale du droit acquis, on constate que c'est tout simplement le droit qui ne peut être modifié par la loi nouvelle <sup>21</sup>. C'est un problème que *Burkhardt* qualifie d'« obscure tautologie » <sup>22</sup>. Et *Roubier* a démontré de façon lumineuse l'erreur de cette thèse qui prétendait édifier la théorie de l'application de la loi dans le temps sur la seule base de cette notion de droit acquis <sup>23</sup>.

Tandis que cette doctrine, par la distinction entre expectatives et

<sup>18</sup> « Jamais personne n'a su ce que c'était qu'un droit acquis », *Duguit, Droit const.* II, p. 231. « Über den Kreis dessen, was wohlerworbene Rechte sind, wird man kaum irgendwo Klarheit finden und war auch früher nie Einigkeit erzielt worden », *Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte*, Berlin 1914, p. 232. — Cf. également *G. Meyer*, op. cit., p. 3 ss. *Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Zurich 1944, p. 97 (cité *infra* Organisation); *Duez et Debeyre, Traité de droit administratif*, Paris 1952, p. 216; *Bosshadt, Die Eigentumsgarantie*, thèse Zurich 1930, p. 15.

<sup>19</sup> Cf. *Roubier, Les conflits de lois dans le temps*, Paris 1929, I, p. 293 ss.

<sup>20</sup> « On entend par droits acquis ceux qui étaient irrévocablement conférés et définitivement acquis, avant le fait, l'acte ou la loi que l'on veut opposer, pour empêcher la pleine jouissance de ces droits. Il est bien évident qu'un droit qui peut être révoqué *ad nutum* par l'individu qui l'a conféré n'est pas un droit acquis, puisqu'il n'est encore qu'une simple espérance, une simple expectative. La loi nouvelle qui le trouve dans cet état peut donc s'en emparer, pour le régir à sa volonté : elle peut le révoquer ou le modifier, puisqu'il est révocable de sa nature, et que le pouvoir de la loi s'étend sur tout ce qui n'est pas irrévocablement terminé avant sa publication. Il n'y a d'effet rétroactif qu'en ce qui porte atteinte à des droits définitivement acquis. » *Chabot de l'Allier, Questions transitoires dans le Code Napoléon*, Dijon 1829, II, p. 88, cité par *Roubier*, op. cit., I, p. 294. On reconnaît d'ailleurs l'influence de cette conception notamment à l'article 4, titre final CCS, ainsi conçu : « Les effets juridiques de faits qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne, mais dont il n'est pas résulté de droits acquis avant la date de l'entrée en vigueur du Code civil, sont régis dès cette date par la loi nouvelle. »

<sup>21</sup> Cf. *Roubier*, op. cit., I, p. 324, *Duez et Debeyre*, op. cit., p. 216, *Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil*, I, n° 237, qui ont mis en relief ce cercle vicieux.

<sup>22</sup> « *tautologisch unklar* », *Burckhardt, Organisation*, p. 97.

<sup>23</sup> *Roubier*, op. cit., p. 321 ss.

droits acquis, mettait l'accent sur le mode d'acquisition du droit, autrement dit sur le mot *acquis*, d'autres auteurs, en Allemagne principalement, devaient donner une direction différente à l'évolution de la théorie des droits acquis, en mettant plus particulièrement en lumière dans cette expression le terme *droit*. Selon cette conception, c'est la nature du droit et les pouvoirs qu'il confère qui sont déterminants.

Ainsi que nous le verrons dans la partie de cette étude consacrée au droit allemand, la notion de droit acquis y est très généralement assimilée à celle de droit public subjectif. Cette assimilation n'est cependant pas pour apporter à l'expression toute la clarté et la précision qui lui font défaut, tant il est vrai que la notion de droit public subjectif n'est pas moins controversée<sup>24</sup>. Ce n'est pas le lieu, ici, d'étudier et d'exposer les problèmes multiples touchant l'existence et la définition même du droit public subjectif; la question a une ampleur qui dépasse notre sujet. Qu'il nous suffise d'indiquer que cette doctrine se fonde avant tout sur l'opposition faite entre les droits publics subjectifs et les *droits-réflexes*. La différence tient essentiellement en ceci : le droit subjectif est au bénéfice immédiat de son titulaire, de telle sorte que celui-ci peut s'en prévaloir, si tels sont sa volonté et son intérêt<sup>25</sup>; le *droit-réflexe*, en revanche, est la prétention à un avantage que l'individu retire indirectement d'une norme de droit objectif édictée dans l'intérêt général et non en vue de la protection d'intérêts individuels. Contrairement au *droit-réflexe*, le droit public subjectif prend, dès sa création, une existence propre, indépendante de la législation en vigueur. Il se distingue ainsi par son caractère définitif. A ce titre, c'est donc bien un droit acquis. Ainsi conçue, cette notion de droit acquis n'intervient toutefois que dans le seul domaine du droit public, pour garantir l'individu contre des atteintes portées à ses droits par l'Etat.

Dans une acception plus large, le terme *droit acquis* sert également à désigner tous les droits patrimoniaux qui composent la fortune de l'individu et qui sont protégés par la garantie constitutionnelle de la propriété<sup>26</sup>. C'est ainsi notamment que le Tribunal fédéral conçoit cette

<sup>24</sup> Cf. Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris 1952.

<sup>25</sup> Windscheid — *Lehrbuch des Pandektenrechtes*, Francfort 1900, I, p. 155 ss — définit le droit subjectif comme un « pouvoir de volonté », tandis que Jhering — *Geist des römischen Rechtes*, Leipzig 1888, I, p. 33 ss — y voit un « intérêt juridiquement protégé ». G. Jellinek — *System der öffentlichen subjekten Rechte*, Tübingen 1905, p. 44 — combine ces deux éléments de volonté et d'intérêt pour parvenir à cette définition : « puissance de volonté humaine reconnue et protégée par l'ordre juridique, et qui a pour objet un bien ou un intérêt ».

<sup>26</sup> A ce point de vue correspond notamment la définition donnée par Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Paris 1922, p. 31 : « On entend par droits acquis, ou simplement droits, les avantages dont nous sommes investis, qui figurent dans notre patrimoine et qui ne peuvent nous être ravies par celui de qui nous les tenons ou par le fait d'un tiers. »

notion. Dans une jurisprudence constante, en effet, il identifie les droits acquis aux divers droits patrimoniaux que recouvre le concept de propriété <sup>27</sup>. On remarquera, d'ailleurs, que certains textes constitutionnels cantonaux déclarent expressément garantir les droits acquis avec la propriété <sup>28</sup>. Cependant, à notre connaissance, la jurisprudence fédérale ne fournit aucune définition spécifique du droit acquis, pas plus qu'elle n'en donne une énumération limitative <sup>29</sup>. Il s'agit donc d'une question d'interprétation du principe de l'inviolabilité de la propriété.

On se trouve ici en présence d'une conception empirique du droit acquis. « L'essence du droit acquis, dit le Tribunal fédéral, consiste en ceci que ce droit est garanti contre les atteintes de l'Etat » <sup>30</sup>. On sait qu'il est protégé par le principe de l'inviolabilité de la propriété. Mais pourquoi est-il inviolable ? A cette question, on donne cette seule réponse : parce qu'il est protégé par la garantie constitutionnelle de la propriété. Là encore, on tombe dans un cercle vicieux. Il reste que la notion de droit acquis va dépendre de la portée conférée à cette garantie. Ainsi dans deux arrêts successifs <sup>31</sup>, le Tribunal fédéral a nié la possibilité d'appliquer le principe de l'inviolabilité de la propriété aux droits des fonctionnaires, considérant que son effet se limitait aux

<sup>27</sup> « Der kantonalrechtliche Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums gewährleistet die wohlerworbenen Privatrechte. Unter Privatrechte sind dabei nach der Rechtssprechung des BG im Gebiete der Eigentumsgarantie alle vermögenswerten Privatrechte zu verstehen und auch die durch einseitigen behördlichen Akt begründeten subjektiven Vermögenansprüche, insofern sie zur Zeit der Entstehung der Eigentumsgarantie unter den Privatrechten mitverstanden wurden. » RO 68 I 157 = JT 1943 I 87. Autres exemples de cette jurisprudence : RO 50 I 74 = JT 1924 I 312; 55 I 401; 63 I 40 = JT 1937 I 494; 65 I 303 = JT 1940 I 53; 69 I 241 = JT 1944 I 312; 74 I 470 = JT 1949 I 636 (rés.); 77 I 143.

<sup>28</sup> Cf. art. 15 de la Constitution soleuroise, art. 9 de Bâle-Campagne, art. 9 des Grisons.

<sup>29</sup> Dans sa thèse, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, Lausanne 1956, M. Louis Bagi a dressé, sur la base d'une abondante jurisprudence, une liste des droits expressément reconnus comme droits acquis par le Tribunal fédéral. Ce sont :

- a) la propriété proprement dite (au sens civil);
- b) les autres droits réels : servitudes, hypothèques, la possession, etc.;
- c) les droits résultant de vieux actes d'abergements féodaux;
- d) les droits obligationnels, notamment les valeurs patrimoniales résultant du droit à la prestation d'autrui, et parmi ces droits, M. Bagi cite les droits découlant de la qualité d'actionnaire;
- e) les droits divers à caractère public et patrimonial dont le citoyen peut se prévaloir à l'encontre de l'Etat et de ses organes, droits nés d'un rapport de droit public mais auxquels, par extension, le Tribunal fédéral applique la garantie de la propriété.

M. Bagi ajoute encore à cette liste, bien que le Tribunal fédéral ne se soit pas prononcé à leur sujet, les droits découlant de la propriété intellectuelle, artistique et industrielle (p. 91, 92).

<sup>30</sup> « L'essenza del diritto acquisito sta nel fatto ch'esso è assicurato da interventi lesivi dello Stato. » RO 67 I 189 = JT 1949 I 53.

<sup>31</sup> RO 50 I 75 = JT 1924 I 312 et arrêt non publié Société des retraités des corps de police du canton de Genève, du 4.11.1927 (cité plus loin Sté des retraités).

droits privés et que ces droits, issus d'un rapport de droit public, étaient des droits publics. On ne pouvait dès lors parler de droits acquis des fonctionnaires. Revenant ensuite sur cette opinion<sup>32</sup>, le Tribunal fédéral déclara que pour déterminer un *droit privé*, le critère n'était pas le fond du rapport de droit, mais bien le sujet actif, en tant que bénéficiaire privé du droit en cause. Ainsi donc, des droits patrimoniaux à caractère public, tels les droits pécuniaires des fonctionnaires, pouvaient bénéficier de la protection constitutionnelle et, à ce titre, compter au nombre des droits acquis.

Cette très rapide étude suffit à montrer la diversité des acceptions qu'a prises l'expression « droit acquis », qualifiée à juste titre par *Fleiner* d'« ambiguë et incertaine »<sup>33</sup>. Il en ressort cependant une idée constante : le droit acquis est toujours un droit préservé des atteintes de la puissance publique ; c'est un droit qui, une fois créé conformément à la loi en vigueur, prend en quelque sorte une existence propre, indépendante du maintien de cette loi ; les modifications de la législation ne sauraient dès lors entraîner sur eux un effet quelconque.

Pour sommaire qu'elle soit, cette délimitation de la notion de droit acquis doit nous suffire comme base de travail. Nous savons, en effet, que le fonctionnaire est soumis, par sa nomination, à un statut légal, c'est-à-dire que le contenu du rapport de service — en particulier les droits dont il bénéficie en contrepartie de son activité — est déterminé par l'Etat de façon unilatérale, au moyen de textes légaux ou réglementaires. La question que nous nous posons va être la suivante : dans quelle mesure le fonctionnaire peut-il prétendre à l'intangibilité des avantages qui lui sont conférés ? Si on lui reconnaît une prétention juridique à cette intangibilité, c'est bien qu'il est au bénéfice de droits acquis.

<sup>2</sup> RO 70 I 21. — Arrêt non publié Ladame, du 6 mars 1944. SJ 1944, p. 549.

<sup>33</sup> *Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öff. Recht*, Tübingen 1906, p. 18 (cité *infra* *Umbildung*) : « ein vieldeutiger und schwankende Begriff ».

## Chapitre II

### LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES EN ALLEMAGNE

#### Section I. GÉNÉRALITÉS SUR LA FONCTION PUBLIQUE EN ALLEMAGNE

Historiquement, le rôle politique joué par le corps des fonctionnaires fut plus considérable en Allemagne que partout ailleurs. L'appareil administratif moderne que créa le régime absolutiste en fut un très sûr appui et contribua, dans une importante mesure, à l'avènement de l'unité allemande. Sous l'Empire, le pouvoir de l'administration fut particulièrement étendu. Ainsi les fonctionnaires pouvaient accéder même aux postes ministériels, hautes fonctions qui, par la suite, leur échappèrent au profit des hommes politiques.

Ce lien étroit entre l'Etat et ses agents s'exprime de façon frappante par cette formule : « *Der Staat sind die Beamten* »<sup>1</sup>. Il se manifeste également par cette qualité particulière de « *Repräsentant der Staatsideen* », reconnue au fonctionnaire allemand. On admettait par là que le fonctionnaire, par son activité au service de la collectivité, incarnait les idées fondamentales sur lesquelles repose la notion d'Etat, idées de justice et d'ordre public<sup>2</sup>.

La fonction publique est alors conçue comme liant entièrement la personne du fonctionnaire et les obligations qui en découlent s'étendent jusqu'à sa vie privée. Bien que rangé très tôt dans le domaine du droit public, le rapport de service, désigné comme un « *Treueverhältnis* », a été souvent rapproché du droit des personnes<sup>3</sup>.

Cette union intime entre le fonctionnaire et l'Etat, cette « *metaphysische Verbindenheit* », pour reprendre l'expression de Heyland,

<sup>1</sup> Cf. Fleiner, *Beamtenstaat und Volksstaat*, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1926, p. 34.

<sup>2</sup> Cf. Heyland, *Beamtentum in den demokratischen Staat*, Berlin 1949, p. 32. Köttgen, *Beamtenrecht*, Breslau 1929, p. 2.

<sup>3</sup> Cf. Köttgen, op. cit., p. 14. — Heyland, op. cit., p. 39.

explique l'importance du rôle joué par l'administration, qui n'est pas seulement l'appareil indispensable à l'action de l'Etat, mais aussi « l'un des piliers sur lesquels il s'érige » <sup>4</sup>.

La très forte position acquise, de fait, par le corps des fonctionnaires lui permit de faire valoir ses prétentions et d'assurer ses privilèges. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle déjà, des lois prussiennes et bavaoises contiennent des règles limitant les cas de révocation. Mais, bien plus que les textes légaux, la tradition solidement établie sur laquelle s'appuyait l'administration suffisait à assurer aux fonctionnaires toutes garanties de leur situation acquise. Sous l'Empire, jurisprudence et doctrine s'accordaient pour considérer comme intangibles les droits pécuniaires des fonctionnaires <sup>5</sup>. En vertu d'une survivance de la théorie du fisc, ces droits, bien qu'issus d'un rapport de droit public, se rangeaient au nombre des droits privés et étaient protégés comme tels.

Au lendemain de la première guerre mondiale, le corps des fonctionnaires allemands fut menacé dans son institution traditionnelle par les idées nouvelles défendues par les partisans de la sociale-démocratie. Ces idées tendaient à briser la véritable caste, l'« état », que constituaient les fonctionnaires et à rapprocher l'administration du peuple, dont elle s'était délibérément séparée. On cherchait à abolir la bureaucratie professionnelle en préconisant l'élection des fonctionnaires et le système de la période administrative. L'Etat allemand devait donc se transformer de *Beamtenstaat* en *Volksstaat* <sup>6</sup>.

La réaction contre ces tendances fut extrêmement vive chez les fonctionnaires, soucieux de conserver leur position traditionnelle. Ils s'efforcèrent de faire insérer dans la nouvelle constitution des dispositions les garantissant de telle réformes. La jeune République allemande, consciente de la valeur que représentait l'administration formée sous l'Empire <sup>7</sup>, fit droit à ces revendications. C'est ainsi que la Constitution de Weimar, du 11 août 1919, contient plusieurs dispositions

<sup>4</sup> Cf. Heyland, op. cit., p. 32.

<sup>5</sup> Gutachten des bayerischen obersten Landesgerichts, du 9.7.1929, dans : A. Richhardt, *Die Gehaltsskürzungen der Beamten im Lichte der Rechtssprechung und der Rechtslehre*, Berlin 1932, p. 43. — Cf. Rehm, *Die rechtliche Natur des Staatsdienst*, dans *Annalen des d. Reichs* 1885. — Sarwey, *Das öff. Recht und die Verwaltungspflege*, 1880. — von Gerber, *D. Staatsrecht*, 1880, § 56. — Gareis, *Allg. Staatsrecht*, § 64. — von Haenel, *D. Staatsrecht*, 1892, p. 155.

<sup>6</sup> Cette distinction entre les Etats, selon qu'ils sont administrés par un corps de fonctionnaires professionnels ou par des citoyens auxquels les affaires publiques sont confiées périodiquement, a été développée par Fleiner, *Beamtenstaat und Volksstaat*, Festgabe für O. Mayer, p. 30.

<sup>7</sup> Beyerle — *Die wirtschaftliche Sicherstellung der Beamten*, p. 10 — cite le mot d'un député qui qualifia l'Administration de « précieux héritage du passé ». Le chancelier Marx alla jusqu'à affirmer dans un discours que le corps des fonctionnaires avait été « le sauveur de la patrie », lors de la révolution.

destinées à calmer les appréhensions des fonctionnaires et à sauvegarder leurs droits.

Il est donc particulièrement intéressant d'étudier la question des droits acquis des fonctionnaires à cette époque où la situation des agents de l'Etat était entourée d'une large protection constitutionnelle. Nous verrons ensuite ce qu'il en est de cette question dans l'actuelle République fédérale allemande.

## Section II. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES DANS LA RÉPUBLIQUE DE WEIMAR

Les articles 128 à 131 de la Constitution de Weimar concernent les fonctionnaires. Parmi les règles les plus importantes que posent ces textes, on peut citer :

le libre accès à la fonction publique pour tous les citoyens, dans le cadre des conditions légales — art. 128 al. 1;

la détermination du contenu du rapport de service par le législateur — art. 128 al. 3;

le principe de l'engagement à vie — art. 129 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase;

la compétence des tribunaux ordinaires pour les actions pécuniaires des fonctionnaires contre l'Etat — art. 129 phrase IV;

la garantie que le fonctionnaire ne sera éloigné de son poste que dans les cas et selon la procédure fixée par la loi — art. 129 al. 2;

l'institution d'un recours contre le prononcé de peines disciplinaires — art. 129 al. 3;

la liberté d'opinion pour les agents de l'Etat — art. 130 al. 2;

le principe de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions — art. 131.

Mais la disposition la plus caractéristique s'inscrit à l'article 129 al. 1, phrase III, en ces termes :

« Die wohlerworbenen Rechte der Beamten sind unverletzlich », les droits acquis des fonctionnaires sont inviolables <sup>7a</sup>.

C'est cette règle, dont aucune autre constitution n'offre d'exemple, qui va tout particulièrement retenir notre attention. Nous examinerons d'abord le sens et la portée qui lui furent conférés par la doctrine et la jurisprudence, pour ensuite la considérer dans son application.

<sup>7a</sup> Disposition citée *infra* : art. 129 III WV = *Weimarer Verfassung*, Constitution de Weimar.

§ I. Sens et portée de l'article 129 III,  
dans son interprétation primitive

Par son expression lapidaire, la règle de l'article 129 III exigeait une recherche et une interprétation particulièrement approfondies de la pensée des constituants. La jurisprudence et la doctrine furent très abondantes à ce sujet.

Pendant quelques années, une entente quasi unanime réussit cependant à se faire sur cette interprétation. Les auteurs s'accordaient à tirer de ladite disposition les effets suivants, brièvement exposés.

a) On reconnaissait à l'article 129 III une double portée : d'une part, il garantissait l'institution de la fonction publique comme telle, dans ses fondements traditionnels; d'autre part, il conférait à chaque fonctionnaire un droit immédiat à l'inviolabilité des avantages qu'il avait obtenus. Cette disposition n'avait donc pas la seule qualité de norme de droit objectif, mais elle avait également cet effet direct de placer les droits des fonctionnaires sous la protection de la Constitution<sup>8</sup>.

b) Il ne s'agit pas d'une disposition transitoire applicable aux seuls agents déjà en fonctions au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution. Mais c'est une protection permanente qui est assurée aux droits des fonctionnaires<sup>9</sup>.

c) Les droits acquis désignés par la Constitution sont tous les droits issus du rapport de service auxquels on reconnaît la qualité de droits publics subjectifs. De façon très générale, la doctrine assimile en effet les notions de droit acquis et de droit public subjectif<sup>10</sup>. La définition

<sup>8</sup> Cf. Beyerle, op. cit., p. 10. — Heyland, op. cit., p. 15. — Brand, *Beamtenrecht*, p. 125. — Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin 1928, p. 212. — Triepel, AöR 40, 1921, p. 349 ss. — RGZ 99, p. 262 : le Reichsgericht voit dans l'art. 129 III « ein unmittelbar geltender mit der Verkündung der Verfassung sofort ins Leben gestetener Rechtssatz ».

<sup>9</sup> Daniels, op. cit., p. 39. — Triepel, AöR 1921, p. 256. — Waldecker, AöR 1924, p. 129. — Nipperdey, op. cit., p. 230. — Gutachten des bayer. obersten Landesgerichts, dans Richhardt, p. 50.

<sup>10</sup> Cf. Beyerle, op. cit., p. 17. — Nipperdey, op. cit., p. 231. — Poetsch-Heffter, *Handskommentar der Reichsverfassung*, Berlin 1928, ad art. 129. — Köttgen, op. cit., p. 53. — Brand, op. cit., p. 125. — W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931, p. 209. — G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Tübingen 1905, p. 235. — Anschütz, *Verw. Arch.* 5, p. 10. — Daniels, op. cit., p. 25.

Quelques auteurs, notamment Wolff, Kaufmann et Triepel, refusèrent à la notion de droit acquis une détermination précise, réservant la garantie constitutionnelle aux droits qui, de cas en cas, se révéleraient assez importants pour la mériter.

Le Tribunal d'Empire ne s'est pas prononcé de façon expresse au sujet de cette assimilation des droits acquis aux droits subjectifs, tout en l'admettant implicitement, selon Daniels, op. cit., p. 37.

du droit acquis donné par *Daniels* se recouvre ainsi parfaitement avec celle qu'il propose pour le droit public subjectif. Selon cet auteur, le droit acquis est « *diejenige Rechtsstellung des Beamten, die sich aus seinem Staatsdienstverhältnis ergibt und die eine objektive für den Staat zwingende Rechtsnorm im Interesse oder zum Schütze eines Gutes des Beamten derart schafft, dass der Beamte sich auf die ihm gewährte Rechtsstellung dem Staat gegenüber berufen kann* » <sup>11</sup>.

Pour bénéficier de la garantie constitutionnelle, un avantage accordé au fonctionnaire doit donc remplir cumulativement les trois conditions suivantes :

découler directement du rapport de service,

servir l'intérêt de l'agent public,

être sanctionné par une action contre l'Etat.

Quels sont alors plus précisément ces droits acquis dont la Constitution garantit l'inviolabilité ?

Les droits des fonctionnaires naissent de lois ou d'arrangements spéciaux conclus entre l'Etat et un groupe ou un seul de ses agents <sup>12</sup>. La variété de ces droits, de ceux qui naissent de conditions spéciales en particulier, empêche l'établissement d'une liste exhaustive des droits intangibles <sup>13</sup>. Cependant, les auteurs admettent unanimement que les droits pécuniaires — droit au traitement avec son augmentation périodique, droit à la pension d'invalidité ou de retraite, droit des survivants à leur entretien, droit aux vacances, etc. — bénéficient de la protection constitutionnelle. Il en découle que les montants inscrits dans la loi ou dans l'arrangement spécial déterminent, dès l'entrée en fonction, le contenu minimum garanti de ces droits. Si une loi ultérieure vient augmenter les prestations accordées aux fonctionnaires, la garantie s'applique alors aux nouveaux montants fixés. Ainsi, selon une interprétation qui, pendant plusieurs années, ne fut guère contestée et que la jurisprudence admit <sup>14</sup>, l'effet de l'article 129 III consistait dans la

<sup>11</sup> *Daniels*, op. cit., p. 30. — On comparera cette définition avec celle que ce même auteur donne du droit public subjectif (p. 29) : « Subjektives öffentliches Recht ist somit diejenige Rechtsstellung eines Untertanen dem Staat gegenüber, die eine objektive für den Staat zwingende Rechtsnorm im Interesse oder zum Schütze eines Gutes des Untertanen derart schafft, dass dieser sich auf die ihm gewährte Rechtsstellung, dem Staat gegenüber berufen kann. »

<sup>12</sup> Sur la validité de ces accords particuliers, cf. *Nipperdey*, op. cit., p. 215. — *Daniels*, op. cit., p. 38 et 97.

<sup>13</sup> Cf. *Daniels*, op. cit., p. 38. — *Brand*, op. cit., p. 126.

<sup>14</sup> *Oberlandesgerichts*, Dresden, 10.6.1931, dans *Richhardt*, p. 60. — *Landesgericht Kiel* 27.5.1932, dans *Richhardt*, p. 144. — *Bayer. oberlandes Gericht*, DJZ 1930, p. 414. — RG 10.7.1931, RGZ 134, p. 1. — Autre jurisprudence : cf. *Daniels*, op. cit., p. 38, note 13.

garantie des droits pécuniaires des fonctionnaires, au plus fort montant obtenu <sup>15</sup>.

En ce qui concerne le droit à la pension, la plupart des auteurs s'entendaient pour considérer comme invariable la rente attribuée au moment de la mise à la retraite. Certains, toutefois, s'efforçaient de soutenir que le taux déterminant devait être celui qui était appliqué au moment de la nomination, s'il était plus favorable <sup>16</sup>. On justifiait principalement ce point de vue par l'unité du droit général des fonctionnaires à leur entretien viager. Les tribunaux, cependant, ne suivirent pas ces auteurs et se rallièrent à la doctrine dominante <sup>17</sup>.

Outre les droits ci-dessus mentionnés, certains droits non pécuniaires furent également rangés au nombre des droits acquis <sup>18</sup>. Parmi les plus souvent cités, mentionnons : le droit au titre, le droit de regard dans le dossier personnel établi sur chaque fonctionnaire par l'autorité, le droit à un éventuel uniforme, enfin un droit très controversé, le *Recht am Amt*, droit à la fonction. A ce sujet, il semble que la majorité des auteurs s'accordaient pour reconnaître aux fonctionnaires un droit acquis à être maintenu, sinon au poste qu'il occupait, du moins à des fonctions semblables <sup>19</sup>. Le Tribunal d'Empire, pour sa part, n'admit que le droit pour le fonctionnaire à n'être privé de ses fonctions que dans les seuls cas prévus par la loi <sup>20</sup>.

Une différence essentielle subsistait cependant entre les droits pécuniaires et les droits non pécuniaires des agents publics. En effet, aux termes mêmes de l'article 129 WV, les premiers étaient susceptibles de donner lieu à une action devant les tribunaux ordinaires <sup>21</sup>; en revanche, aucune juridiction n'était prévue pour la sauvegarde des seconds. Sauf dans les quelques *Länder* qui avaient introduit un tribunal

<sup>15</sup> Cf. Beyerle, op. cit., p. 23. — Nipperdey, op. cit., p. 230. — Köttgen, op. cit., p. 52. — Brand, op. cit., p. 128. — Daniels, op. cit., p. 42. — Triepel, AöR 40 1921, p. 363. — Jahn, Reichsverwaltungsblatt 52, n° 25. — Sölch, JW 1931, p. 1657. — Jellinek, Reichsverwaltungsblatt 53, n° 3.

<sup>16</sup> Triepel, AöR 40 1921, p. 371. — Daniels, op. cit., p. 45, et *Der Beamtenbund* 1932, n° 24. — Brand, DRZ 28, p. 336.

<sup>17</sup> Cf. Daniels, op. cit., p. 42.

<sup>18</sup> Un ministre prussien de la justice voulut limiter l'application de l'art. 129 III aux droits pécuniaires, qui seuls pouvaient ainsi être reconnus droits acquis. DRZ 1921, p. 93. Cette conception trouva une fort opposition dans la doctrine. Cf. notamment Daniels, p. 36. — Triepel, AöR 40, p. 367. Elle fut d'ailleurs expressément rejetée par le Reichsgericht. RG 107.1.

<sup>19</sup> Cf. Poetzsch-Heffter, op. cit., ad art. 129. — Triepel, AöR 40, p. 363. — Daniels, p. 92. — Köttgen, op. cit., p. 59.

<sup>20</sup> RGZ 104, p. 58.

<sup>21</sup> Cette disposition ne faisait d'ailleurs que confirmer une pratique déjà ancienne, survivance de la théorie du fisc, par laquelle les prétentions pécuniaires d'un particulier contre l'Etat, même issues d'un rapport de droit public, bénéficiaient de la protection de la juridiction civile.

administratif <sup>22</sup>, l'atteinte aux droits non pécuniaires ne pouvait ainsi trouver de sanction que par la voie indirecte de l'action en dommages-intérêts.

d) Après cet aperçu de l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence donnèrent des « droits acquis des fonctionnaires », il reste à préciser, pour qu'apparaissent le sens et la portée de l'article 129 III, ce qu'on entendit par « intangible » (*unverletzlich*).

La règle de l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires ne fut jamais considérée, sinon par quelques auteurs isolés <sup>23</sup>, comme une règle de caractère absolu. On l'interpréta plutôt comme une restriction au pouvoir du législateur. C'est dans ce sens d'ailleurs que l'article 129 III introduisait une innovation. En effet, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, marquée par l'influence du positivisme, la doctrine soutenait de façon unanime la thèse du pouvoir absolu du législateur. Le principe « *Der Gesetzgeber kann alles* », alors très largement admis, résumait cette idée <sup>24</sup>. La Constitution de Weimar, par les limites qu'elle apportait au pouvoir du législateur, rompait avec cette conception. En érigeant la garantie des droits acquis des fonctionnaires en principe constitutionnel, on n'entendait donc pas rendre ces droits absolument intangibles. Un texte constitutionnel n'est, en effet, jamais immuable, mais il jouit d'une stabilité accrue par l'exigence d'une procédure particulière et spécialement d'une majorité qualifiée pour sa revision. La Constitution, disait-on, ne saurait accorder une protection dépassant celle dont elle bénéficie elle-même. C'est la raison pour laquelle le terme « *unverletzlich* » de l'article 129 III ne s'entendait pas dans le sens de *absolument intangible*, mais dans celui de *inviolable par le moyen de la législation ordinaire, mais modifiable à la majorité constitutionnelle* <sup>25</sup>. Par là, on conciliait le souci d'apaiser les craintes des fonctionnaires et la nécessité pour le législateur d'adapter aux circonstances la législation concernant la fonction publique <sup>26</sup>.

e) En résumé, l'interprétation généralement admise de l'article 129 III WV peut se formuler ainsi :

<sup>22</sup> Cf. Köttgen, op. cit., p. 77.

<sup>23</sup> Notamment Koffka, DJZ 1930, p. 224, et Hüffner, Zeitung des Reichsbundes der hohen Beamten 1923, p. 625.

<sup>24</sup> Cf. Köttgen, op. cit., p. 52.

<sup>25</sup> RG 20.3.1928. JW 28, p. 1500. — Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. VIII 1919*, Leipzig 1930, ad art. 129. — Nipperdey, op. cit., p. 230. — Köttgen, op. cit., p. 53. — Poetzsch-Heffter, op. cit., ad art. 129. — Beyerle, op. cit., p. 17. — Giese, *Die Verfassung des d. Reichs vom 11. Aug. 1919*, Berlin 1931, ad art. 129. — Brand, op. cit., p. 125. — Daniels, op. cit., p. 107.

<sup>26</sup> Cf. Triepel, AöR 40, p. 368. — Köttgen, op. cit., p. 53. — Poetzsch-Heffter, op. cit., ad art. 129.

les droits des fonctionnaires, pécuniaires ou non, issus du rapport de service, ne peuvent être modifiés, dans un sens défavorable, que par une loi votée à la majorité constitutionnelle des deux tiers.

Ainsi, dans le cadre des conceptions admises sur la nature juridique de la fonction publique, la Constitution de Weimar accordait aux droits des fonctionnaires la plus haute protection possible. Engagé sur la base d'un acte administratif unilatéral, soumis à un statut impératif, le fonctionnaire se trouve dans un rapport de subordination à l'égard de l'Etat (les auteurs allemands qualifient le rapport de service de *Gewaltverhältnis*). Sa situation est tout entière régie par le droit public et, à ce titre, soumise aux exigences de l'intérêt public. Dès lors, il n'est pas concevable de refuser au législateur tout pouvoir d'en modifier les éléments<sup>27</sup>, mais on peut limiter ce pouvoir par l'exigence d'une majorité qualifiée.

Telle est la portée de l'article 129 III WV, qui offre au statut des fonctionnaires la plus forte garantie de stabilité : celle-là même dont jouissent les règles constitutionnelles.

Toutefois, malgré ce caractère relatif de la garantie des droits acquis des fonctionnaires, nous serons amené à constater qu'en réalité les limites ainsi imposées au pouvoir du législateur furent rapidement et aisément franchies. Les circonstances exigèrent bientôt d'importantes et successives modifications de la situation des agents publics. Devant ces nécessités, la Constitution se révéla impuissante à protéger ces derniers. Enfin, plusieurs théories nouvelles surgirent, qui tentèrent d'accorder les nouvelles lois au texte constitutionnel, en restreignant la portée de la garantie des droits acquis.

## § II. *La garantie constitutionnelle des droits des fonctionnaires, dans son application*

Le 20 mai 1920, quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de la Constitution, le Parlement de Weimar votait une loi qui réduisait les traitements de tous les agents de l'Etat. L'exigence de la majorité qualifiée avait été respectée : la constitutionnalité de cette mesure n'était donc pas contestable. Mais la loi en question contenait, à son article 34, une disposition dont les conséquences allaient être importantes. Aux termes de cet article, le législateur se réservait en effet la possibilité d'apporter de nouvelles modifications à la loi, partant aux

<sup>27</sup> Cf. Triepel, AöR 40, p. 368. — Poetzsch-Heffter, op. cit., ad art. 129. — Köttgen, op. cit., p. 53.

traitements, selon la procédure législative ordinaire. De nouvelles atteintes aux droits des fonctionnaires étaient ainsi facilitées, car l'obstacle constitué par l'exigence de la majorité qualifiée se trouvait supprimé.

De violentes protestations s'élevèrent dans la doctrine contre ce procédé, que l'on taxa d'inconstitutionnel<sup>28</sup>. Il aboutissait, en effet, à rendre pratiquement illusoire la protection constitutionnelle accordée aux droits des fonctionnaires. De plus, si l'on admettait la validité de cette *clause de réserve* (*Vorbehaltsklausel*), rien n'empêchait de tourner, de la même façon, les autres règles tendant à limiter le pouvoir du législateur. Ainsi, la Constitution à peine en vigueur, cherchait-on, pour des raisons politiques et d'opportunité à revenir sur les promesses et les garanties données aux fonctionnaires.

Contre les critiques très vives d'une importante partie de la doctrine, la *clause de réserve* trouva cependant quelques défenseurs. *Kühnemann*, auteur de la loi de 1920, qui avait imaginé ce procédé, l'expliqua par la nécessité, due aux circonstances économiques, de ne pas fixer la situation des fonctionnaires d'une façon trop rigide<sup>29</sup>. Il invoqua également cette considération que les agents publics devaient être liés à la bonne et à la mauvaise fortune de l'Etat, dont ils sont les serviteurs. Mais *Walter Jellinek* devait apporter une justification plus juridique de cette clause<sup>30</sup>. La Constitution, constata cet auteur, se contentait de poser le principe de l'inviolabilité des droits des fonctionnaires. C'est donc à la loi qu'il appartenait de fixer le contenu de ces droits. Il était alors parfaitement loisible au législateur de les grever de conditions ou de réserves. L'objet de l'article 129 III WV n'était pas, le cas échéant, de les libérer de leurs modalités, mais bien de les déclarer inviolables, tels qu'ils étaient créés. Dès lors, si l'on considère la *clause de réserve* comme une simple réserve accompagnant les droits pécuniaires des agents publics, elle ne violait en aucune façon la Constitution. Les opposants se refusaient à admettre cette thèse, jugeant au contraire que cette réserve permettait à la législation ordinaire de régler un domaine qui lui avait été expressément retiré. En réalité, la *clause de réserve* n'en eut pas moins un grand succès, puisqu'elle fut intro-

<sup>28</sup> Cf. Köttgen, op. cit., p. 53. — Brand, op. cit., p. 127. — Nipperdey, op. cit., p. 230. — Daniels, op. cit., p. 120. — Schmitt, DJZ 1931, p. 914. — Triepel, AöR 40, p. 361 : « das heisst nichts anderes, als der Verfassung ein Schnippschen schlagen ».

<sup>29</sup> Max E. F. Kühnemann, dans Richhardt, p. 247 : « Dies waren die Erwägungen, die mich den Trick der Vorbehaltsklausel erfinden liessen, um in finanziellen Sturmzeiten den Gesetzgeber von den kaum zu überwindenden Schranken der doppelt qualifizierten Mehrheit zu befreien. »

<sup>30</sup> W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, p. 199. Cf. également : Otto Sölch, J.W. 1931, p. 1657 ss.

duite dans la quasi-totalité des lois postérieures concernant les droits des fonctionnaires tant de l'Empire que des *Länder* <sup>31</sup>.

Le Tribunal d'Empire ne prit fermement position sur cette question que dans un arrêt du 10 juillet 1931 <sup>32</sup>. Consacrant un état de fait établi depuis quelque dix ans, il entérina la thèse de *Walter Jellinek* et admit ainsi la constitutionnalité de la *clause de réserve*. Le Tribunal suprême allemand s'empressa néanmoins de confirmer l'interprétation de l'article 129 III WV tendant à conférer aux fonctionnaires un droit immédiat à l'intangibilité de leurs avantages. C'était proclamer un principe et le priver, en même temps, de toute portée réelle. Car, selon cette jurisprudence, la garantie constitutionnelle ne s'opposait pas à une atteinte aux droits des fonctionnaires pour autant que le législateur eût réservé leur éventuelle modification. Or, nous l'avons remarqué, ce procédé s'est rapidement généralisé, privant les agents publics de la protection particulière accordée à leurs droits par la Constitution.

Pour le Tribunal d'Empire, l'article 129 III WV conservait cependant cet effet de restreindre le pouvoir du législateur sur les droits des fonctionnaires. En effet, si par le jeu de la *clause de réserve* les droits pécuniaires des agents publics pouvaient être modifiés par une simple revision de la loi, la règle constitutionnelle intervenait pour limiter ces modifications. Car un droit, essentiel à l'institution de la fonction publique, restait inviolable : le droit du fonctionnaire à son entretien par l'Etat. Ce qu'exigeait la Constitution, c'était simplement le respect par le législateur de ce droit à un *entretien convenable* (*standesgemässer Unterhalt*). On constate donc que l'interprétation primitive de la règle de l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires avait considérablement évolué.

Avec cette conception, le Tribunal d'Empire paraissait conserver à l'article 129 III une certaine portée pratique. Cependant, il faut bien admettre que cette notion d'*entretien convenable* manquait trop de précision pour constituer un critère applicable. En outre, certains auteurs n'ont pas manqué de relever que la compétence de fixer les prestations dues aux fonctionnaires échappait ainsi au législateur. Car pratiquement, c'est à la jurisprudence qu'il allait appartenir de préciser cette notion d'entretien convenable et de fixer ainsi les droits pécuniaires garantis des agents de l'Etat <sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Otto Sölch — loc. cit. — ne compte, de 1920 à 1930, que trois lois de *Land* sur les fonctionnaires, n'ayant pas repris cette clause.

<sup>32</sup> RGZ 134.1.

<sup>33</sup> Cf. Daniels, op. cit., p. 41. — Beyerle, op. cit., p. 26. — Jahn, *Reichsverw.blatt* 52, n° 25.

En réalité, dans son interprétation primitive, le principe de l'article 129 III WV se révéla rapidement inapplicable. La situation économique très précaire de l'Allemagne, à cette époque, imposa de nombreuses revisions des prestations pécuniaires de l'Etat à son personnel. Dès 1930, les diminutions furent même introduites à un rythme accéléré, non plus par des lois, mais par des arrêtés d'urgence (*Notverordnungen*)<sup>34</sup>. La crise économique traversait, à ce moment, une phase particulièrement aiguë; c'est pourquoi la doctrine ne protesta que faiblement contre cette procédure, évidemment inconstitutionnelle, mais imposée par les circonstances<sup>35</sup>.

D'ailleurs, de nombreux auteurs, cherchant à concilier le principe de l'inviolabilité des droits des fonctionnaires et les exigences de la réalité, s'étaient écartés de l'interprétation primitivement donnée à l'article 129 III WV pour restreindre la portée de cette règle.

### § III. *Evolution de la théorie des droits acquis des fonctionnaires.*

Giese<sup>36</sup>, bientôt suivi par Anschütz<sup>37</sup>, fut le premier à contester l'interprétation de la règle de l'article 129 III WV, selon laquelle la Constitution y garantissait l'intangibilité des droits patrimoniaux des fonctionnaires au montant fixé par la loi la plus favorable. Pour cet auteur, les lois qui fixent les traitements, pensions et autres avantages accordés aux fonctionnaires peuvent en tout temps subir des modifications, et cela sans qu'il soit besoin de réunir la majorité qualifiée. Les droits intangibles des fonctionnaires ne sont pas ceux que détermine la loi en vigueur à un moment donné, mais bien ceux qui découlent d'un droit général, élément fondamental du rapport de service, le droit du fonctionnaire à un *entretien convenable*. Nous avons vu d'ailleurs, plus haut, que le Tribunal d'Empire se servit de cette notion d'*entretien convenable* pour limiter le pouvoir du législateur, lorsqu'une *clause de réserve* était prévue. Mais Giese abandonnait complètement le principe d'un droit immédiat du fonctionnaire à l'intangibilité des avantages qui lui avaient été conférés, principe devenu

<sup>34</sup> Nous citerons à titre d'exemples : les *Notverordnungen* du 26.7.1930 diminuant les traitements de 2 ½ %, du 1.12.30 (3 %), du 1.2.31 (6 %), du 1.7.31 (4 à 8 %), du 1.1.32 (9 %).

<sup>35</sup> Cf. Triepel, AöR 40, p. 363. — Schlechter, DJZ 1931, p. 157. — Lovin, *Gutachten zur Frage der wöhl. Rechte*.

<sup>36</sup> Giese, AöR 23, p. 32, et *Kommentar*, p. 275.

<sup>37</sup> Anschütz, op. cit., ad art. 129.

lettre morte avec la généralisation du procédé de la *clause de réserve*.

Partant d'un point de vue analogue à celui de *Giese, Karl Schmitt* devait donner de la protection constitutionnelle des droits acquis des fonctionnaires une interprétation nouvelle, qui eut un grand retentissement<sup>38</sup>. Selon *Schmitt*, les constituants n'avaient jamais entendu garantir que l'institution de la fonction publique comme telle, dans ses fondements traditionnels. Il s'était agi avant tout de protéger le corps des fonctionnaires menacé de bouleversements par les partisans de la sociale-démocratie. La *ratio legis* des articles 128 à 131 WV était d'assurer la continuité du *deutsches Beamtentum*, en déclarant inviolables les éléments essentiels de l'institution. Et *Schmitt* d'en donner l'énumération suivante : la soumission du rapport de service au droit public, la nomination à vie des fonctionnaires, leur droit à un entretien viager convenable, l'organisation hiérarchique de l'administration, la fixation des droits des fonctionnaires dans la loi, la compétence des tribunaux civils pour les actions pécuniaires des fonctionnaires contre l'Etat.

Il fallait donc considérer la règle de l'article 129 III WV comme une simple garantie de l'institution de la fonction publique, *eine institutionelle Garantie*. Quant au fonctionnaire individuel, il devait être admis à faire valoir cette garantie dans la seule mesure où une modification de la législation viendrait porter atteinte à l'un ou à l'autre de ces principes fondamentaux. Il n'avait, en revanche, aucun droit direct à l'intangibilité de la situation qui lui est faite par la loi en vigueur. *Schmitt* considère qu'admettre un tel droit serait accorder aux agents publics un étonnant privilège (*eine erstaunliche Privilegierung*), eu égard aux difficultés économiques dans lesquelles se débattait le pays<sup>39</sup>. Le seul droit personnel que l'on pouvait et devait reconnaître au fonctionnaire, c'est le droit à l'obtention de tous les avantages qui découlent à son profit de la loi en vigueur. Mais cette loi restait parfaitement modifiable. Et cela, dit *Schmitt*, est tellement évident que le législateur a dû recourir au procédé de la *clause de réserve* pour se ménager cet indispensable pouvoir de revision.

Ainsi, selon la théorie de l'*institutionelle Garantie*, la Constitution ne garantissait pas l'intangibilité des droits des fonctionnaires dans leur contenu maximum, mais bien dans un contenu minimum. En ce qui concerne les droits pécuniaires, c'est la notion d'*entretien convenable* qui devait servir de critère pour déterminer ce minimum. Seul

<sup>38</sup> Karl Schmitt, DJZ 1931, p. 917 ss. — Cette théorie fut reprise notamment par Schroeder, *Die wohlerworbenen Rechte in ihrer politischen und wirtschaftlichen Bedeutung*, Berlin 1930, et par Fiesenbahn, *Gehaltskürzung und wohlerworbene Rechte*.

<sup>39</sup> DJZ 1931, p. 920.

le droit à un *entretien* convenable constituait ainsi un droit intangible. Cette nouvelle interprétation réduisait donc, de façon très sensible, la portée de l'article 129 III WV. Théoriquement du moins, faut-il ajouter; car on a pu constater qu'en réalité le procédé de la *clause de réserve* avait déjà considérablement affaibli le principe de l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires. Faisant preuve de réalisme, ne négligeant aucun aspect de la question, la thèse de *Schmitt* n'aboutissait pas à un résultat plus défavorable pour le fonctionnaire que celle du Tribunal d'Empire<sup>40</sup> : les droits des agents publics dépendaient, en définitive, de la législation en vigueur; les fonctionnaires devaient se soumettre aux conditions que leur consentait l'Etat.

Tandis que le *Reichsgericht* écartait la thèse de *Schmitt*, une autre juridiction d'Empire, le *Reichsfinanzhof*, y souscrivait pleinement pour sa part dans un arrêt du 25 mars 1931<sup>41</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un recours formé par des fonctionnaires contre une ordonnance présidentielle réduisant tous les traitements et pensions de 2 ½ %. Se fondant sur la théorie de *Schmitt*, ce Tribunal considéra l'ordonnance comme conforme à l'article 129 III WV, car, dit-il, elle ne portait pas atteinte au droit des fonctionnaires à leur *entretien convenable*. C'est donc cette notion qui servait de seul critère, dans un tel cas, pour l'application de la garantie constitutionnelle, et non pas le simple fait que l'Etat diminuait les prestations dues à son personnel. L'article 129 III était interprété ici comme une *garantie de l'institution* exclusivement<sup>42</sup>.

De vives critiques ne manquèrent pas de s'élever contre la thèse de *Schmitt* et contre cet arrêt du *Reichsfinanzhof*<sup>43</sup>. Pour de nombreux auteurs, admettre une telle interprétation, c'était vider de tout sens la garantie des droits acquis des fonctionnaires, c'était également justifier *a posteriori* les nombreuses atteintes déjà portées à ces droits.

A la vérité, que restait-il de cette garantie ? La République allemande se débattait, à cette époque, dans une crise économique spécialement aiguë. Contraint à de nombreuses reprises de réduire les charges

<sup>40</sup> Cf. *supra*, p. 30.

<sup>41</sup> RGZ 132, p. 122, reproduit dans Richhardt, p. 68 ss.

<sup>42</sup> Cet arrêt précise que, même si l'on admettait pour le fonctionnaire un droit personnel immédiat à l'intangibilité de ses avantages pécuniaires, la nécessité où se trouvait l'Etat d'alléger ses charges financières devrait de toute façon l'emporter. Cette idée d'ailleurs figurait dans la thèse de *Schmitt*. Cf. DJZ 1931, p. 925.

D'autre part, il est intéressant de remarquer que le Tribunal d'Empire, dans un arrêt du 27 mai 1932 — cf. Richhardt, p. 92 ss — admit également la constitutionnalité de l'ordonnance en question, considérant qu'il ne s'agissait pas, proprement dit, d'une diminution des traitements et pensions, mais bien d'un impôt spécial de crise frappant les fonctionnaires.

<sup>43</sup> Cf. notamment : Beyerle, *op. cit.*, p. 25. — Daniels, *op. cit.*, p. 36. — Triepel, DJZ 1931, p. 1537. — Jahn, *Reichsverw.blatt* 52, n° 25, et Richhardt, p. 201 ss.

de l'Etat, le gouvernement fut mis, par la force des choses, dans l'impossibilité de respecter les garanties accordées aux fonctionnaires par la Constitution. Si l'évolution des circonstances imposa des violations réitérées de la règle de l'intangibilité des droits des fonctionnaires, il faut bien admettre que cette règle ne rendait pas compte des particularités réelles de la fonction publique et du lien unissant les fonctionnaires à l'Etat. Les faits vinrent démontrer ce qu'avait d'utopique la garantie constitutionnelle des droits acquis des agents de l'Etat, inscrite à l'article 129 III WV. Dans sa première interprétation, cette disposition devait se révéler inapplicable et le législateur trouva rapidement une échappatoire aux limites imposées à son pouvoir de légiférer, avec le procédé de la *clause de réserve*.

Déterminée par un statut de droit public, soumise directement aux exigences variables de l'intérêt public, la situation des fonctionnaires ne saurait prendre une forme rigide et définitive sans engager dangereusement l'Etat. Même *Daniels*, défenseur convaincu des agents publics, dut reconnaître en conclusion de l'ouvrage capital qu'il consacra aux droits acquis des fonctionnaires, que l'application de l'article 129 III dans toutes ses conséquences se heurtait aux impératifs d'une saine gestion de l'Etat.

Mais, comme le remarque également cet auteur, la garantie constitutionnelle eut toutefois le mérite de contribuer à la continuité de la fonction publique, dans sa forme traditionnelle, et de préserver l'indépendance des fonctionnaires. Dans une certaine mesure, elle protégea évidemment le personnel de l'Etat contre un législateur que M. *Weber* a pu qualifier d'« hésitant et fantaisiste » <sup>44</sup>.

Après cet examen de la question des droits acquis des fonctionnaires à l'époque de Weimar, il nous reste à donner un aperçu de l'état actuel de cette question dans la République fédérale allemande. Nous passerons en effet sur la période nationale-socialiste, car, dans un régime totalitaire, le problème des droits de l'individu contre l'Etat repose évidemment sur des données particulières. On comprendra donc que nous limitons notre travail à l'étude des droits des fonctionnaires dans un régime démocratique.

<sup>44</sup> W. Weber, *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat*, Schriftenreihe des deutschen Beamtentums 2, p. 4.

### Section III. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES DANS LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE ALLEMANDE

Après la seconde guerre mondiale, lorsqu'il s'est agi de renouer avec une conception démocratique de l'Etat et d'établir les fondements de la République fédérale, on s'inspira, dans une large mesure, de la Constitution de Weimar. Toutefois, les auteurs du *Grundgesetz* <sup>45</sup>, peu soucieux de rouvrir la porte aux multiples controverses que suscita l'article 129 III WV, se gardèrent de reprendre cette disposition <sup>46-47</sup>. Ils se contentèrent d'introduire dans la *loi fondamentale* deux seules règles à propos des fonctionnaires. Inscrites aux alinéas 4 et 5 de l'article 33 GG, elles ont cette teneur :

« Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

» Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln. »

L'alinéa 4 de l'article 33 exige donc que les pouvoirs de puissance publique soient confiés à des agents liés à l'Etat par un rapport de droit public. Cette disposition tend à garantir la continuité de la fonction publique, dans sa forme traditionnelle. Elle empêche, en effet, la substitution d'employés engagés par contrat civil aux fonctionnaires proprement dits, ceci lorsqu'il s'agit de fonctions auxquelles est lié un certain pouvoir de décision. Aux termes de l'alinéa 5, le statut de la fonction publique doit demeurer conforme aux principes fondamentaux de l'institution.

On remarque immédiatement qu'il n'est plus question du principe de l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires <sup>48</sup>. Ce principe a cédé la place à des règles beaucoup plus générales, dont le but est de maintenir les particularités de la fonction publique. De toute évidence, le comité de rédaction du *Grundgesetz* s'est directement inspiré des idées de *Karl Schmitt* et a repris sa théorie de l'*institutionnelle Garantie*, formulée en 1928. C'est bien, en effet, une *garantie de l'institution* qu'il faut trouver dans les deux dispositions précitées. Tant les travaux

<sup>45</sup> Constitution provisoire de la République allemande, du 23 mai 1949 (citée GG).

<sup>46</sup> Cf. G. Wacke, *Entstehungsgeschichte und Inhalt des art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes*, Neues Beamtentum, p. 152 ss.

<sup>47</sup> Contre l'avis notamment de Heyland, *Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat*, Berlin 1949, p. 86.

<sup>48</sup> Selon M. Weber, la question des droits acquis a été « mise de côté ». *Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat*, Cologne 1952, p. 6. — Dans le même sens, cf. Jess, *Kommentar zum GG*, Francfort 1952, ad art. 33.

préparatoires<sup>49</sup> que la lettre même de la loi<sup>50</sup> indiquent que ces règles ont le caractère de simples normes de droit objectif s'adressant exclusivement au législateur<sup>51</sup>. De plus, la position même de l'article 33, qui s'inscrit au chapitre II du *Grundgesetz* intitulé « *Der Bund und die Länder* », confirme cette interprétation<sup>52</sup>.

En conséquence, il est exclu de reconnaître actuellement au fonctionnaire allemand un droit personnel et immédiat à l'intangibilité de ses avantages<sup>53</sup> : l'alinéa 5 de l'article 33 GG ne constitue qu'une norme de droit objectif, simple prescription à l'usage du législateur. Il s'agit cependant d'en déterminer les incidences sur la situation juridique des fonctionnaires.

Aux termes de cet alinéa, les lois concernant la fonction publique doivent s'établir « *unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätzen* ». On soulignera tout d'abord le sens très large du mot *Berücksichtigung*, par lequel il ne faut pas comprendre une stricte observation, mais bien une simple considération. Ainsi, contrairement à la Constitution de Weimar qui tendait à donner un caractère définitif à la situation acquise par les fonctionnaires, le *Grundgesetz* fait place à l'adaptation nécessaire des lois aux circonstances et à une évolution normale du service public<sup>54</sup>. Pour qu'une loi encoure le reproche d'inconstitutionnalité, il faudrait en effet qu'elle portât une atteinte sensible aux « *hergebrachte Grundsätze* », soit aux fondements établis de la fonction publique<sup>55</sup>. On doit alors remonter à l'époque de Weimar, avec laquelle il est ainsi renoué, pour retrouver ces fondements traditionnels de l'institution<sup>56</sup>.

Pour préciser la portée de l'article 33 alinéa 5 GG, plusieurs auteurs ont énuméré les éléments qui devaient constituer les « principes fondamentaux » de la fonction publique<sup>57</sup>. Les diverses listes ainsi dressées concordent en la plupart de leurs points, à savoir principalement :

<sup>49</sup> Cf. Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 152.

<sup>50</sup> On remarquera en particulier les termes « *ist zu regeln* » de l'alinéa 5.

<sup>51</sup> Cf. Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 160. — von Mangolt, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin et Francfort 1953, p. 111. — Greewe et Fischbach, rapports au 39<sup>e</sup> congrès des juristes allemands, Stuttgart 1951, p. 9 et 34 (cités *infra* Juristentag).

<sup>52</sup> Dans la Constitution de Weimar, l'article 129 trouvait sa place sous la rubrique « *Grundrechte der Deutschen* ».

<sup>53</sup> Cf. Loosch, *Die öffentliche Verwaltung*, p. 495. — Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 160. — Jess, *Kommentar zum GG*, ad art. 33. — Greewe, *Juristentag*, p. 10.

<sup>54</sup> Cf. Greewe, *Juristentag*, p. 39. — Fischbach, *Juristentag*, p. 36. — Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 174. — Jess, *op. cit.*

<sup>55</sup> Cf. Greewe, *Juristentag*, p. 9. — Grabbendorf, *Juristentag*, p. 115. — Jess, *op. cit.*

<sup>56</sup> Cf. Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 168. — Jess, *op. cit.*

<sup>57</sup> Notamment : Jess, *op. cit.* — Fischbach, *Juristentag*, p. 60. — Greewe, *Juristentag*, p. 15. — Heyland, *DöV* 1951, p. 462. — Wacke, *Neues Beamtentum*, p. 168. — von Mangolt, *op. cit.* — Loosch, *DöV* 1950, p. 495.

- a) le rapport de service, considéré comme un rapport de droit public (principe expressément posé à l'alinéa 4 de l'article 33 GG);
- b) l'engagement des fonctionnaires à vie;
- c) la fin du rapport de service dans les seuls cas prévus par la loi;
- d) la compétence des tribunaux civils pour les actions pécuniaires des fonctionnaires contre l'Etat;
- e) la procédure disciplinaire en cas de violation des devoirs de fonction;
- f) l'entretien convenable du fonctionnaire, sa vie durant, et celui de ses survivants;
- e) le droit d'association pour tous les agents de l'Etat;
- g) le devoir de fidélité du fonctionnaire envers l'Etat, etc.

Deux auteurs seulement, MM. Heyland et Loosch, mentionnent, parmi ces principes fondamentaux, l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires. Ils s'empressent toutefois d'ajouter que ce principe n'entraîne que l'interdiction de porter atteinte au droit du fonctionnaire à son *entretien convenable* (*standegemässer Unterhalt*). C'est dans cette notion qu'il faut chercher la seule protection offerte par le *Grundgesetz* aux droits pécuniaires des fonctionnaires, la seule limite au pouvoir du législateur de modifier ces droits. On veut assurer par là au fonctionnaire un minimum intangible d'avantages pécuniaires. Toutefois, il paraît bien malaisé de déterminer ce minimum, de façon précise. En effet, les objections formulées contre la théorie de Karl Schmitt restent valables à l'endroit du système établi par l'article 33 alinéa 5 GG. Par l'imprécision des notions sur lesquelles elle se fonde, cette garantie des droits des fonctionnaires ne saurait prétendre à une quelconque efficacité <sup>58</sup>. Comme celui de Schmitt, ce système donne en définitive au juge le pouvoir d'apprécier toutes les mesures prises par le législateur à propos des droits des fonctionnaires. Ainsi, dans le cas d'une diminution des traitements ou des pensions, il appartiendra au tribunal civil de déterminer si le droit intangible à l'entretien convenable est atteint. Mais l'on se perd en conjectures à la recherche du critère qui permettrait de déclarer inconstitutionnelle une telle mesure, lorsque les circonstances peuvent la justifier, ce qui pratiquement sera toujours le cas. En réalité, on considérera toujours les prestations accordées par l'Etat à ses agents comme correspondantes, dans la conjoncture du moment, à un *entretien convenable* et le juge devra se borner à entériner la décision du législateur. Depuis l'entrée en vigueur de la

<sup>58</sup> Au 39<sup>e</sup> Congrès des juristes allemands, Stuttgart 1951, un participant est allé jusqu'à qualifier la disposition de l'article 33 alinéa 5 GG de « Fetzenpapier », c'est-à-dire de chiffon de papier.

Constitution provisoire, la question n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune jurisprudence, à notre connaissance. Dès cette époque, en effet, la situation des fonctionnaires allemands a évolué, avec l'économie du pays, dans le sens d'une constante amélioration.

Le seul effet qu'en définitive on puisse reconnaître à l'article 33 alinéa 5 GG est d'empêcher toute modification radicale de la situation des fonctionnaires. C'est avant tout au maintien du fonctionariat traditionnel que vise le *Grundgesetz*. Il fallait s'opposer à la tendance manifeste à accorder dans l'administration une place toujours plus importante aux agents engagés par contrat de droit civil. A cet égard, il est caractéristique de constater que le problème de la limite entre les notions de fonctionnaire et d'employé public retint particulièrement l'attention de deux congrès de juristes, dont les travaux portèrent sur la fonction publique<sup>59</sup>. Mais la question des droits personnels des fonctionnaires, qui fut l'objet de controverses passionnées sous la République de Weimar, paraît actuellement reléguée à l'arrière-plan des discussions. Il s'agit bien davantage de fixer la place de la fonction publique dans l'Etat et de définir ses devoirs<sup>60</sup>. La République fédérale cherche avant tout, au milieu des tendances divergentes qui la divisent, à s'assurer une administration stable et dont la neutralité politique garantisse l'impartialité et l'efficacité.

L'expression *les droits acquis des fonctionnaires* qui, à l'époque de Weimar, était devenue un *leitmotiv* de la doctrine du droit administratif, a quasiment disparu chez les auteurs allemands actuels et avec elle, l'institution même des droits acquis des fonctionnaires. L'expérience faite avec l'article 129 III WV a démontré l'impossibilité à laquelle se heurtait l'application d'une telle garantie et la nécessité vitale pour l'Etat de pouvoir librement adapter aux circonstances les lois concernant la fonction publique.

#### Section IV. CONCLUSION

L'évolution subie par l'institution des droits acquis des fonctionnaires, en Allemagne, offre une perspective saisissante du problème des garanties juridiques dans la situation des agents publics. Dans une première acception, la notion de droit acquis recouvrait pratiquement

<sup>59</sup> 39<sup>e</sup> Congrès des juristes allemands, Stuttgart 1951, et Congrès de l'« Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten », Weinheim 1950.

<sup>60</sup> W. Weber, *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat*, p. 5.

tous les droits issus du rapport de service. Expressément garantis par la Constitution de Weimar, ces droits devaient être soustraits au pouvoir du législateur. Les avantages conférés aux fonctionnaires prenaient un caractère définitif. Dans le cadre de la fonction publique, l'institution des droits acquis trouvait donc la plus large application.

Rapidement, il apparut cependant qu'une telle conception se heurtait aux impératifs sociaux et économiques auxquels l'Etat devait faire face et qu'elle ne correspondait pas à la nature particulière de la fonction publique. Peu à peu, ces principes se virent alors vidés de leur sens. Formellement, on considérait encore les droits des fonctionnaires comme des droits acquis. Mais, en réalité, la situation des agents publics, leurs droits en particulier, se trouvait entre les mains du législateur, qui y apporta des modifications chaque fois que les circonstances l'exigèrent. Telle qu'elle fut comprise et appliquée aux fonctionnaires durant la première période de la République de Weimar, la notion de droit acquis relevait donc davantage d'un certain idéalisme que d'une vue réaliste du problème.

Dans la disposition de l'article 129 III WV, on ne vit bientôt plus qu'une garantie de l'institution de la fonction publique, dans ses fondements traditionnels, c'est-à-dire une simple norme de droit objectif. Dès lors, c'était admettre que la situation des fonctionnaires relevait uniquement de règles de droit objectif. L'agent de l'Etat n'avait de recours contre une modification de son *status* que dans la seule éventualité où la mesure prise portait atteinte aux principes essentiels régissant la fonction publique. Mais un tel recours ne se fondait pas sur la violation d'un droit subjectif; il ne posait qu'une pure question de légalité. Malgré les termes exprès de la Constitution et par la force des choses, les fonctionnaires se trouvaient, en réalité, privés de tout droit acquis proprement dit. Soumis dès leur nomination à un statut de droit public, ils devaient en subir toutes les modifications dictées au législateur par les circonstances.

Actuellement, en Allemagne, sous l'empire du *Grundgesetz*, c'est bien cette même situation que révèle l'étude de la nature juridique des droits des fonctionnaires. La disposition de l'article 33 alinéa 5 GG ne fait qu'exprimer, dans sa portée réelle, la seule interprétation qui rendait possible l'application pratique de la règle ambiguë de l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires.

### Chapitre III

## LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES EN FRANCE

### Section I. GÉNÉRALITÉS SUR LA FONCTION PUBLIQUE EN FRANCE

En France, depuis la création d'un appareil administratif moderne, c'est-à-dire dès l'Empire, la fonction publique est toujours apparue, comparativement, comme très désavantagée. Loin d'être entourés du prestige dont jouissaient leurs collègues allemands par exemple, les fonctionnaires français ne reçurent jamais la compensation d'une situation matérielle favorable. L'administration souffrit rapidement d'une pléthore d'agents, que l'Etat ne pouvait rémunérer de façon convenable <sup>1</sup>. L'histoire de la fonction publique en France est caractérisée par une longue suite de revendications pour l'obtention de droits dont André Tardieu a pu dire qu'ils furent « constamment sacrifiés aux contingences politiques » <sup>2</sup>.

Pendant la plus grande partie du XIX<sup>e</sup> siècle, l'administration française resta marquée par la conception absolutiste et centralisatrice de l'Etat, qui était celle de Napoléon. Fortement hiérarchisée, à l'image de l'armée, la fonction publique était tout entière entre les mains du pouvoir central qui nommait et révoquait discrétionnairement les agents <sup>3</sup>.

Par une évolution constante, ce régime très strict en est venu cependant à un assouplissement progressif sous l'impulsion principalement des fonctionnaires eux-mêmes, qui, groupés en associations très puissantes, s'efforcèrent d'améliorer leur situation juridique et matérielle. En 1941 seulement <sup>4</sup>, les agents publics obtinrent leur premier statut légal général. Auparavant, sauf quelques exceptions, leur situation

<sup>1</sup> Balzac donne un tableau particulièrement saisissant de la situation des agents de l'Etat, dans *Les Employés, Scènes de la vie parisienne*.

<sup>2</sup> André Tardieu, *L'heure de la décision*, Paris 1934.

<sup>3</sup> Cf. A. Plantey, *Traité pratique de la fonction publique*, p. 10.

<sup>4</sup> Loi du 14 septembre 1941. Cette loi a été remplacée par celle du 19 octobre 1946, actuellement en vigueur.

dépendait uniquement du pouvoir réglementaire <sup>5</sup>. C'est donc le gouvernement et l'administration elle-même qui déterminaient les droits et les devoirs des fonctionnaires. La carence du législateur était cependant compensée par une très ferme jurisprudence du Conseil d'Etat, inspirée du souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences des services publics et les intérêts légitimes des fonctionnaires. Cette jurisprudence constitua le premier droit commun de la fonction publique <sup>6</sup>.

En doctrine, le problème de la situation juridique des fonctionnaires et de la nature de leurs droits est largement dominé par les thèses de l'école réaliste — ou école de Bordeaux —, qui rallièrent la grande majorité des auteurs de droit public. Ces thèses ne furent pas sans exercer également une forte influence sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Nous en ferons la base de notre exposé sur la question des droits des fonctionnaires, en France.

## Section II. LA SITUATION STATUTAIRE DU FONCTIONNAIRE FRANÇAIS

Sous l'impulsion de *Duguit* et de *Jèze*, l'école réaliste s'attacha, dès le début du siècle, à affirmer l'autonomie du droit public sur le terrain de la technique juridique. Jusque là, on n'avait fait que corriger et adapter les institutions du droit privé, dans la mesure où leur application au domaine du droit public le rendait nécessaire. L'appellation même d'école réaliste montre bien que les adeptes de cette école s'étaient fixés comme principe d'étudier le droit public, domaine neuf, avec des idées neuves et de fonder leur doctrine essentiellement sur les données spécifiques des problèmes nouveaux qui se posaient. Ainsi, les publicistes français sont-ils parvenus à apporter à la question des droits des fonctionnaires une solution logique, tenant compte des particularités de la situation juridique des agents publics.

Avant l'école réaliste, le problème de la nature juridique de la situation des fonctionnaires reçut des solutions diverses. C'est primitivement la notion de contrat civil qui servit à définir le lien unissant les fonctionnaires à l'Etat, sans toutefois que l'accord se fasse sur l'espèce

<sup>5</sup> Les officiers de carrière, les membres de la magistrature assise, les professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur, les membres du Conseil d'Etat jouissaient seuls, jusqu'en 1941, d'un statut légal particulier.

<sup>6</sup> A. Plantey, *op. cit.*, p. 359.

du contrat : contrat de travail, mandat, contrat *sui generis*<sup>7</sup>. Puis, apparaît une deuxième phase caractérisée par la compression et l'assouplissement de la thèse contractuelle. Tout d'abord, une thèse de transition introduite par Nézard<sup>8</sup> et développée par Barthélémy<sup>9</sup> restreint l'application du contrat aux seuls « fonctionnaires de gestion », par opposition aux « fonctionnaires d'autorité », dont la situation, régie par le droit public, doit être entièrement statutaire. L'effort d'assouplissement se marque ensuite par la thèse du contrat de droit public. On persistait donc à voir dans le rapport de service un lien contractuel, mais qui passait du domaine du droit privé à celui du droit public. La conséquence en était que la situation du fonctionnaire ainsi créée n'était plus définitive, mais soumise aux nécessités variables du service public. Unilatéralement, l'autorité pouvait donc apporter au « *status* » des agents publics, en particulier à leurs droits, toutes les modifications imposées par les circonstances. C'était en réalité vider la notion de contrat de son contenu essentiel. Longtemps, le Conseil d'Etat conserva ainsi dans sa jurisprudence les expressions « contrat de fonction publique, contrat administratif », alors qu'il excluait en réalité tout élément contractuel dans les rapports entre fonctionnaires et Etat<sup>10</sup>.

C'est le mérite de l'école réaliste d'avoir renoncé au terme traditionnel, mais dépouillé de son sens, pour rechercher une solution nouvelle, conforme à toutes les données du problème.

L'une des idées maîtresses que propose cette doctrine, et sur laquelle elle fonde sa conception de la nature juridique des droits des fonctionnaires, est la division des situations juridiques en deux catégories :

<sup>7</sup> Cf. notamment : Dareste, *La justice administrative*, Perriguet, *Les contrats de l'Etat*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, cités par Duez et Debeyre. *Traité du droit administratif*, Paris 1952, p. 643.

<sup>8</sup> *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris 1901.

<sup>9</sup> *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1933, p. 55.

<sup>10</sup> Les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu dans l'arrêt Winkel du 7.8.1909 (R. p. 1302 et RDP 1914, p. 174) sont caractéristiques à cet égard :

« Assurément, ce n'est pas là simplement et purement le contrat de travail du Code civil. A la différence de ce qui se passe en droit privé, les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité. L'Etat fixe à son gré et en vue du meilleur fonctionnement possible du service public, les diverses clauses du contrat. Il détermine seul, sans discussion et sans entente préalable avec les candidats fonctionnaires, les devoirs et les obligations qu'il impose à chaque agent. Il fixe également les avantages qu'il leur accorde, le taux de leur retraite, la quotité et les conditions de leurs pensions, les règles suivant lesquelles ils recevront de l'avancement, les conditions dans lesquels leurs écarts seront réprimés, les peines disciplinaires qu'ils peuvent encourir et la procédure suivant laquelle ces peines seront prononcées, enfin les garanties qui les protégeront contre l'arbitraire.

Non seulement l'Etat fixe seul ces conditions, mais encore, il se réserve le droit de les modifier en cours d'exécution. Enfin, il reste toujours libre de supprimer l'emploi. C'est cet accord de volontés qui se produit lors de la nomination acceptée par le fonctionnaire, accord générateur d'obligations réciproques, qui constitue ce que l'on appelle le contrat de la fonction publique. »

a) les situations juridiques particulières, ou personnelles, ou subjectives;

b) les situations juridiques générales, ou impersonnelles, ou objectives <sup>11</sup>.

Nous aurons donc préliminairement à rendre compte de cette distinction, qui constitue la base du raisonnement « réaliste ».

ad a) Certaines situations juridiques naissent d'une ou de plusieurs manifestations individuelles de volonté, qui en fixent, de façon particulière, le contenu. Elles sont spéciales : seuls certains sujets de droit déterminés individuellement peuvent les invoquer. Elles sont aussi essentiellement temporaires, parce qu'elles disparaissent avec l'exercice des droits et obligations qu'elles comportent ou de la voie de droit qui les sanctionne. Leur contenu, concret et individuel, ne peut pas être modifié par la loi, puisque la loi procède toujours par formule abstraite et générale. Créées conformément à la législation en vigueur, les situations juridiques subjectives prennent ainsi une existence propre, indépendante du maintien de cette législation. Les droits qui en découlent se caractérisent comme des droits acquis.

ad b) Au contraire, les situations juridiques objectives dérivent directement de l'application d'une norme juridique. Comme cette norme, elles sont générales et permanentes : générales, en ce sens qu'elles intéressent tous les individus se trouvant dans telles conditions de fait; permanentes, c'est-à-dire que le pouvoir qui en dérive peut s'exercer indéfiniment, tant que reste en vigueur la disposition légale dont il procède. Mais les situations juridiques objectives sont essentiellement modifiables par la loi, puisque c'est elle qui les organise. Elles ne donnent donc naissance à aucun droit acquis.

Entre ces deux catégories de situations juridiques, les auteurs distinguent une variante. En effet, certaines situations juridiques objectives ne naissent qu'avec l'accomplissement d'actes juridiques individuels. Elles ne sont jamais acquises de plein droit par les intéressés. Un acte d'attribution est nécessaire, auquel on donne le nom d'acte-condition. La caractéristique d'un tel acte juridique est l'absence d'effet créateur, remplacé par un simple effet attributif au profit d'une ou de plusieurs personnes désignées nommément. L'exemple type en est très généralement donné avec la nomination des fonctionnaires, acte individuel qui soumet un individu au statut légal de la fonction publique <sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Duguit, *Droit const.* I, p. 307 ss; Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Paris 1930, I, p. 762 ss (cité *infra* Principes généraux); Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris 1943, p. 24; Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 182.

<sup>12</sup> Duguit, *Droit const.* I, p. 311; Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 193.

C'est ainsi dans la catégorie des situations juridiques objectives que les auteurs de l'école réaliste unanimes rangent la situation des fonctionnaires <sup>13</sup>. Leur raisonnement part de ce principe : à la base de la notion d'Etat, dans l'acception moderne du terme, il y a l'idée d'intérêt public <sup>14</sup>. Tout ce qui concerne l'organisation de l'Etat doit donc se ramener à cette idée, qui, par conséquent, conditionne également la situation du fonctionnaire, organe de l'Etat <sup>15</sup>. Il en découle que le droit de la fonction publique est tout entier dominé par le souci d'assurer le fonctionnement efficace et régulier des services publics <sup>16</sup>. Ainsi dit-on que « le fonctionnaire est fait pour la fonction et non la fonction pour le fonctionnaire » <sup>17</sup> et que « les avantages accordés aux fonctionnaires sont des mesures prises non pas tant en leur faveur que dans l'intérêt du bon fonctionnement des services publics » <sup>18</sup>.

Il importe donc que le législateur ait toute liberté d'édicter, à ce sujet, les dispositions qui lui paraîtront les plus propres à satisfaire les exigences de l'intérêt public. Pour que se réalise cette indispensable souplesse, il ne faut pas que le droit des fonctionnaires aux avantages de leur statut vienne faire obstacle aux modifications de ce statut, qu'imposent les circonstances. La conséquence en est que les individus engagés au service de la collectivité seront placés, en principe, dans une situation légale et réglementaire et non pas dans une situation contractuelle <sup>19</sup>. Ce sont donc avant tout des considérations d'ordre pratique qui empêchent l'admission d'une conception contractuelle du rapport de service <sup>20</sup>. La situation des fonctionnaires se caractérise ainsi comme un « *status* » légal et réglementaire : c'est une situation juridique objective.

La puissance publique dispose et doit pouvoir disposer, grâce aux lois et règlements, des droits et des obligations des agents publics. Tels qu'ils sont en vigueur, ces lois et règlements déterminent les avantages auxquels les fonctionnaires peuvent prétendre. Mais ils restent essen-

<sup>13</sup> Cette doctrine, dont on peut dire qu'elle est devenue classique en France, a fait l'objet d'un certain nombre de réserves, notamment de la part de R. Latournerie, *Etude sur la classification des diverses situations juridiques*, RDP 1933, p. 327 ss, de Rouhier, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris 1929, I, p. 346 ss, et Auby, *Incompétence ratione temporis*, RDP 1953, p. 6.

<sup>14</sup> Jèze, *Principes généraux*, II, p. 2.

<sup>15</sup> Jèze, *Cours élémentaire de science des finances*, Paris 1925, p. 457.

<sup>16</sup> A. Plantey, *op. cit.*, p. 11.

<sup>17</sup> Duguit, *Droit const.*, III, p. 103; dans le même sens : Jèze, *Principes généraux*, II, p. 757; Bonnard, *op. cit.*, p. 443; Bosc, RDP 1929, p. 448; Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 642.

<sup>18</sup> Jèze, *Principes généraux*, II, p. 758; dans le même sens : Duguit, *Droit const.*, III, p. 107.

<sup>19</sup> Jèze, *Cours élém. de science des finances*, p. 473.

<sup>20</sup> Cf. Bonnard, *op. cit.*, p. 446; Bonneau, *La nature juridique du contentieux des traitements et pensions*, RDP 1947, p. 304.

tiellement modifiables et avec eux ces avantages, qui ne sont que « la conséquence de l'application aux agents de la loi de fonction et qui subissent toutes les variations de cette loi »<sup>21</sup>.

La situation du fonctionnaire dépend donc directement du statut légal et réglementaire auquel l'agent se trouve soumis par sa nomination. De ce statut, qui donne naissance à une situation juridique objective, ne découle donc aucun droit acquis. Le fonctionnaire français ne saurait prétendre à l'intangibilité de sa situation acquise.

Ce principe paraît très fermement établi en France. Couramment admis par la plupart des publicistes<sup>22</sup>, il est également adopté par le Conseil d'Etat qui, depuis le début du siècle et dans une jurisprudence constante, a toujours dénié aux fonctionnaires tout droit acquis aux avantages de leurs fonction. Ainsi dans de nombreux arrêts retrouve-t-on la formule suivante :

« Les droits aux avantages résultant pour les fonctionnaires d'une réglementation sont subordonnés au maintien de cette réglementation et ils ne sauraient faire obstacle au droit de l'administration de procéder à une réorganisation des services. »<sup>23</sup>

Le Conseil d'Etat a jugé, en particulier, que le fonctionnaire n'avait aucun droit acquis au maintien des dispositions légales qui fixent sa rémunération (CE 19.1.1927, *Elèze*, Rec. p. 62. — 21.1.1927, *Perrier*, Rec. p. 80), aucun droit non plus à obtenir ou à conserver un emploi particulier (CE 18.10.1935, *dame Radré*, Rec. p. 951. — 5.2.1954, *Nicoli*, Rec. p. 141), aucun droit au maintien des conditions d'avancement en vigueur au moment de sa nomination (CE 2.2.1951, *Rossignol*, Rec. p. 66), ni à sa position<sup>24</sup>, ni aux avantages divers qui peuvent être attachés à ses fonctions<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Duguit, *L'Etat, les gouvernants, les agents*, p. 559.

<sup>22</sup> Duguit, *Droit const.*, III, p. 159; Jèze, *Principes généraux*, II, p. 760; Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif et du droit public*, Paris 1933, p. 75; Bonneau, op. cit., p. 305; Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris 1946, p. 283; Laferrière, *Juridiction adm. et recours contentieux*, II, p. 193; Duez et Debeyre, op. cit., p. 645; A. Plantey, op. cit., p. 35; Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris 1947, p. 73; de Laubadère, *Manuel de droit administratif*, Paris 1951, p. 252; R. Grégoire, op. cit., p. 84.

<sup>23</sup> Exemples de cette jurisprudence : CE 11.6.1909, *Assoc. amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, Rec. p. 576; CE 27.7.1913, *Cornus*, Rec. p. 764; CE 10.12.1915, *Dellas*, Rec. p. 345; CE 13.7.1926, *Granier*, Rec. p. 734; CE 26.4.1930, *Millet*, Rec. p. 566; CEV 29.2.1944, *Toutée et Collin*, Rec. p. 104; CE 24.12.1937, *de la Bigne de Villeneuve*, Rec. p. 1089.

<sup>24</sup> Le statut de 1946 distingue quatre positions pour le fonctionnaire : l'activité, le détachement, la disponibilité et la position sous les drapeaux. Cf. Plantey, op. cit., p. 129 ss.

<sup>25</sup> Ex. : congés, honneurs, facilités de transport, de logement, etc. — cf. Plantey, op. cit., p. 328 ss.

Si la doctrine et la jurisprudence manifestent leur accord sur le principe de la position statutaire du fonctionnaire, il faut encore ajouter que le législateur lui-même a formellement adopté cette conception. L'article 5 de la loi du 19 octobre 1949 dispose en effet : « Le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire » <sup>26</sup>.

La situation juridique du fonctionnaire français repose donc sur des principes clairement et fermement établis : soumis à un statut de droit public, l'agent de l'Etat n'a de droits que ceux qui lui sont conférés par la législation en vigueur; le contenu du rapport de service est entièrement entre les mains des pouvoirs législatif et réglementaire, qui peuvent y apporter toutes les modifications dictées par l'évolution des circonstances.

En principe donc, la notion de droit acquis, telle que nous l'avons délimitée plus haut, n'intervient pas dans la situation juridique du fonctionnaire français. Pourtant, l'expression « droit acquis » n'est pas absente de la doctrine et de la jurisprudence à propos des agents publics. Dans la section suivante, nous nous efforcerons de préciser l'acception dans laquelle ce terme est compris en droit français.

### Section III. LA NOTION DE DROIT ACQUIS ET SON APPLICATION À LA FONCTION PUBLIQUE

#### § I. *Position de la jurisprudence*

Dans un arrêt *Simula* du 5 août 1925 <sup>27</sup>, le Conseil d'Etat s'exprime en ces termes :

« Les droits aux avantages résultant pour les fonctionnaires d'une réglementation faite par un décret sont subordonnés au maintien de ce décret et, en l'absence de disposition législative ayant statué sur cet objet, ces avantages peuvent être valablement modifiés ou supprimés, pour l'avenir, par un décret ultérieur. Dès lors, le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation du décret attaqué, qui s'est borné à abroger le décret du 6 novembre 1920, sans porter atteinte à des droits déjà acquis par les fonctionnaires en service dans les régions libérées. »

<sup>26</sup> Une disposition analogue était déjà inscrite à l'art. 4 de la loi du 14 sept. 1941.

<sup>27</sup> Rec., p. 801. — Dans le même sens : CE 12.1.1938, *Daniélou et Le Goff*. Rec. p. 10.

Un autre arrêt topique est l'arrêt *Mahé Desportes*, du 24 décembre 1926<sup>28</sup> :

« Il résulte, dit le Conseil d'Etat, des dispositions législatives qui ont déterminé le mode de rémunération des conservateurs d'hypothèques que les fonctionnaires dont il s'agit ont un droit acquis au salaire qu'ils perçoivent à l'occasion de chaque formalité, à partir du moment où la formalité est remplie. »<sup>29</sup>.

Bien qu'il refuse aux fonctionnaires toute prétention juridique à l'intangibilité des avantages qui découlent, à leur profit, de la législation en vigueur, le Conseil d'Etat admet donc des droits acquis dans la situation juridique des fonctionnaires. Il s'agit alors de déterminer l'acception dans laquelle ce Tribunal entend ce terme.

Soumis à un statut légal et réglementaire, le fonctionnaire devient cependant, à un certain moment, titulaire d'un véritable droit de créance contre l'Etat : lorsqu'il a rempli les conditions mises par la loi en vigueur à l'obtention des prestations qui y sont fixées. Dans le cas d'un paiement périodique, ce sera à la fin de la période pour laquelle l'agent reçoit son traitement, c'est-à-dire, le plus souvent, à la fin du mois ; lorsque le fonctionnaire est rémunéré par les sommes qu'il perçoit à l'occasion de l'accomplissement de certains actes, ce moment sera celui où l'acte est accompli.

L'arrêt *Simula* précise bien que, si les avantages accordés aux fonctionnaires peuvent subir des modifications, ces modifications ne sauraient intervenir que *pour l'avenir*. Dès le moment où la prestation de l'Etat devient exigible, c'est-à-dire, en règle générale, après l'accomplissement du service, le fonctionnaire devient créancier de la collectivité publique. Son droit est alors considéré comme intangible : c'est un droit acquis<sup>30</sup>.

Il s'agit ici d'une application du principe de la non-rétroactivité des lois. La situation des fonctionnaires est dominée par la règle de l'effet immédiat des lois, en ce sens que toute nouvelle réglementation s'applique, dès son entrée en vigueur, à tous les agents qu'elle concerne. Mais l'effet rétroactif, « c'est-à-dire l'effet des lois nouvelles concernant un moment de la situation envisagée vis-à-vis des situations qui ont déjà

<sup>28</sup> Rec., p. 1155.

<sup>29</sup> Le CE a jugé qu'il en était de même notamment pour : les agents chargés des recettes de chancellerie, CE 1.8.1924, *Mattéi*, Rec., p. 773 ; le personnel des octrois, CE 2.8.1918, *Giroup*, Rec. p. 803 ; le personnel des douanes, CE 1.8.1924, *Beauchamp*, Rec. p. 774.

<sup>30</sup> Dans plusieurs cas, le Conseil d'Etat a prononcé, en vertu de ce principe, l'annulation de règlements portant réduction de traitements échus. Ex. : CE 12.1.1938, *Daniélou*, Rec., p. 10. — 25.4.1941, *Renaudin*, Rec., p. 67.

dépassé ce moment »<sup>31</sup> demeure exclu. Si, par exemple, une disposition légale venait s'en prendre aux traitements échus, il faudrait qu'elle s'appliquât dans le passé; elle serait donc rétroactive. C'est à l'encontre de telles mesures que le Conseil d'Etat reconnaît des droits acquis au profit des fonctionnaires, mais dans cette éventualité seule. Le statut des fonctionnaires peut toujours être modifié pour l'avenir; car les prétentions futures des fonctionnaires envers l'Etat restent de simples expectatives. La notion de droit acquis n'intervient donc que pour protéger ces derniers contre l'éventuelle rétroactivité d'une réduction de leurs avantages<sup>32</sup>. Son champ d'application est ainsi strictement limité.

## § II. *Position de la doctrine*

La plupart des publicistes français avaient déjà établi cette différence dans la situation juridique du fonctionnaire avant et après l'accomplissement du service, *avant service fait*, et *après service fait*, selon la terminologie consacrée<sup>33</sup>.

Il faut se reporter à la distinction fondamentale entre les situations juridiques objectives et les situations juridiques subjectives. Avant service fait, le fonctionnaire ne jouit que d'un droit éventuel aux avantages déterminés par la loi ou le règlement. Ses prétentions envers l'Etat dépendent directement de la réglementation en vigueur. Il se trouve dans une situation juridique objective, donc essentiellement modifiable. Après service fait, dès l'échéance des prestations dues par l'Etat à ses agents, ceux-ci deviennent titulaires d'un droit de créance. Leur situation juridique devient alors subjective, donc soustraite aux modifications de la loi.

Cette thèse de la transformation de la situation juridique objective des fonctionnaires en une situation subjective a été cependant combattue par M. Henri Bonneau, dans un article intitulé *La nature juridique du contentieux des traitements et pensions*<sup>34</sup>. Cet auteur conteste l'explication donnée par Duguit, selon laquelle le droit subjectif — droit de créance — naît d'une manifestation plus ou moins expresse

<sup>31</sup> Roubier, *op. cit.*, II, p. 471.

<sup>32</sup> Sur les principes qui régissent l'application de la loi dans le temps, cf. en particulier : Planiol et Ripert, *Traité élém. de droit civil*, I, Paris 1948, p. 109 ss. — Roubier, *op. cit.*

<sup>33</sup> Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants, les agents*, p. 560. — *Droit const.*, III, p. 107. — Jèze, *Principes généraux*, II, p. 807. — Bonnard, *op. cit.*, p. 513. — de Labaudère, *Manuel de droit adm.*, p. 253. — Hauriou, *op. cit.*, p. 90. — Rolland, *op. cit.*, p. 102. — Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 710. — Plantey, *op. cit.*, p. 289.

<sup>34</sup> RDP 1947, p. 296-338.

de volonté de la part du fonctionnaire, à chaque échéance, de devenir créancier de l'Etat. Pour M. *Bonneau*, le fonctionnaire n'accomplit, à ce moment, aucun acte que l'on puisse considérer comme générateur d'un droit subjectif. Pour la transformation d'un pouvoir objectif en un droit subjectif, le simple fait d'une échéance ne saurait suffire; il faut un acte de volonté. Cet acte n'existant pas, la situation juridique du fonctionnaire reste objective. Mais le traitement échu doit pourtant être intangible et cela s'explique par « l'impossibilité de modifier avec effet rétroactif la situation des fonctionnaires dans un sens qui leur soit défavorable ». M. *Bonneau* justifie alors cette impossibilité par un *intérêt légitime* qu'aurait l'agent à pouvoir prétendre aux avantages que lui conférerait la loi en vigueur au moment où le service a été accompli <sup>35</sup>.

Si l'on admet toutefois qu'un tel *intérêt légitime* est sanctionné par une action devant les tribunaux, pourquoi ne pas l'appeler *droit subjectif*? C'est d'ailleurs ce que fait M. *Auby* <sup>36</sup> qui, reprenant cette critique de la théorie de *Duguit*, en vient à admettre l'existence de droits acquis, nés de situations juridiques objectives. Pour cet auteur, en effet, les situations objectives, que l'on caractérise comme essentiellement modifiables, ne seraient pas exemptes d'éléments intangibles. Elles seraient donc susceptibles de donner naissance à des droits acquis <sup>37</sup>. Ainsi, lorsqu'une loi établit de nouvelles conditions d'accès à la fonction publique, elle ne s'applique pas aux agents déjà en activité. M. *Auby* y voit l'effet d'un droit acquis. Il en serait de même pour les traitements échus.

Il semble pourtant que si les fonctionnaires nommés ne sont pas touchés par une telle mesure, ce n'est pas en vertu d'un droit qu'ils auraient en propre, mais bien plutôt par une simple application du principe de la non-rétroactivité des lois <sup>38</sup>. Car la nouvelle réglementation viendrait alors s'appliquer à des situations nées antérieurement à son entrée en vigueur, en conformité de la législation du moment. D'autre part, M. *Auby* voit comme élément constitutif du droit acquis que ce soit un droit « établi plutôt dans l'intérêt du particulier que dans l'intérêt public » <sup>39</sup>. Dès lors, il faudrait admettre, pour reprendre

<sup>35</sup> Cette notion d'*intérêt légitime* avait déjà été utilisée par M. *Delbez*, pour tenter d'atténuer la rigueur de la doctrine réaliste à l'égard des sujets de droit nantis d'une situation juridique objective. *Delbez, La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 463 ss.

<sup>36</sup> *Auby, Incompétence ratione temporis*, RDP 1953, p. 6 ss.

<sup>37</sup> Dans le même sens, cf. *Latournerie*, RDP 1933, p. 372 ss, et *Waline, L'individualisme et le droit*, Paris 1945, p. 218 ss.

<sup>38</sup> Cf. *Roubier*, op. cit., II, p. 471 ss.

<sup>39</sup> *Auby*, op. cit., p. 39.

l'exemple choisi, que les conditions d'accès à une fonction publique sont établies moins en vue du bon fonctionnement des services publics que dans l'intérêt personnel du fonctionnaire. Une telle conséquence ne laisse pas d'être choquante.

Nous n'avons cependant pas à nous prononcer sur cette intéressante controverse. Qu'il nous suffise de constater que le fonctionnaire jouit d'un droit de créance contre l'Etat, lorsqu'il a rempli les conditions légales pour l'obtention des prestations auxquelles il peut prétendre et qu'une loi nouvelle ne saurait porter atteinte à ce droit sans rétroagir.

Cette règle est unanimement admise dans la doctrine : la liquidation du traitement échu ne peut intervenir que d'après les tarifs en vigueur au jour de l'échéance. En ce qui concerne le droit à la pension, la question est cependant plus complexe. Pour certains auteurs, la transformation de la situation objective en une situation subjective, à propos de ce droit, s'opère au moment de la mise à la retraite. Tant qu'il est en fonction, l'agent public ne jouit que d'un droit éventuel à sa pension. Ce droit reste donc modifiable; il peut même être supprimé, dans le cas, par exemple, d'une révocation disciplinaire. Mais dès la mise à la retraite, il y a « pension acquise » : « le droit de l'agent public est irrévocable en ce sens que les conditions, les bases de liquidation, les tarifs tels qu'ils résultaient des textes législatifs en vigueur à ce moment ne pourront plus être modifiés au détriment de l'agent public » <sup>40</sup>.

A cette conception s'est opposé notamment *Bonnard* <sup>41</sup>. Cet auteur constate que la pension est très généralement définie comme un traitement prolongé <sup>42</sup>. Il en découle donc logiquement que la situation juridique du pensionné, par rapport à son droit à la pension, ne doit pas être différente de celle de l'agent en activité, en ce qui concerne son droit au traitement. Il s'agit donc d'une situation juridique objective <sup>43</sup>. C'est seulement à l'échéance des arrérages que le pensionné devient titulaire d'un droit subjectif qui ne peut être ni retiré, ni modifié, c'est-à-dire d'un droit acquis.

Le législateur parut faire sienne la thèse de *Duguit* et de *Jèze*, lorsqu'il introduisit dans la loi du 14 avril 1924 sur les pensions, un article 65

<sup>40</sup> Jèze, *Principes généraux*, II, p. 827. — Dans le même sens, Duguit, *L'Etat, les gouvernants, les agents*, p. 563, *Droit const.*, III, p. 107. — Delbez, *La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 486.

<sup>41</sup> Bonnard, *op. cit.*, p. 518.

<sup>42</sup> Le CE définit la pension comme « le prolongement après la cessation régulière d'activité, du traitement versé au fonctionnaire en contre-partie du service par lui accompli ». 16.5.1944, *Fauret, Rec.*, p. 140.

<sup>43</sup> Dans le même sens, cf. Bonneau, *La nature juridique du contentieux des traitements et pensions*, RDP 1947, p. 321. — Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 718. — Plantey, *op. cit.*, p. 299.

conçu en ces termes : « Les pensions attribuées en vertu de la présente loi sont irrévocables. » Mais cette disposition n'empêcha pas plusieurs lois postérieures, notamment les décrets-lois des 16 avril et 10 mai 1934, la loi du 20 juin 1936, d'apporter aux pensions, même déjà concédées, des réductions sensibles.

Pour sa part, le Conseil d'Etat admet un droit acquis à la pension concédée, qui ne saurait être modifiée par une loi nouvelle « en l'absence d'une disposition donnant à cette loi un effet rétroactif » <sup>44</sup>. Il s'agit donc encore d'une application du principe de la non-rétroactivité des lois.

Ainsi donc, si la notion de droit acquis intervient à propos des fonctionnaires, ce n'est que dans une acception restreinte, pour désigner le droit aux avantages statutaires dès leur exigibilité, droit soustrait aux atteintes d'une nouvelle réglementation, en vertu du principe de la non-rétroactivité des lois <sup>45</sup>.

Le problème de l'application des lois dans le temps est d'ailleurs étroitement lié, dans la doctrine réaliste, à la distinction entre situations juridiques objectives et situations juridiques subjectives <sup>46</sup>. Aux situations objectives, qui résultent directement de l'application de la loi, toute disposition nouvelle va s'appliquer immédiatement. Même si la situation est née à la suite d'un acte juridique particulier (acte-condition), la disposition nouvelle ne vient pas modifier les effets de cet acte, puisqu'il n'était pas créateur, mais simplement attributif. La question de la rétroactivité de la loi ne pose ainsi pas à propos des situations juridiques objectives : « on est en dehors du domaine dans lequel s'applique le principe de la non-rétroactivité des lois » <sup>47</sup>.

Ce domaine est, au contraire, celui des situations juridiques subjectives. Ces situations dérivent d'actes juridiques particuliers, qui non seulement leur donnent naissance, mais fixent le contenu et la portée. Elles ne sauraient donc être touchées par une réglementation ultérieure, sans que cet acte juridique, supposé conforme à la loi en vigueur au moment de sa passation, ne soit remis en question. La loi nouvelle

<sup>44</sup> CE 8.4.1927, *Morice*, Rec., p. 477. — Dans le même sens : CE 1.4.1924, *Percepied*, Rec., p. 437. Dans ces deux arrêts, le CE admet un droit intangible à la pension concédée, mais c'est pour refuser aux recourants le bénéfice d'une nouvelle loi portant augmentation des pensions non encore concédées.

<sup>45</sup> Il faut remarquer que, parmi les auteurs de l'école réaliste, seul Hauriou utilise l'expression « droit acquis », expression par ailleurs vivement combattue par Duguit, et remplacée très généralement dans la doctrine par le terme « droit subjectif ». Cf. Duguit, *Droit const.*, II, p. 231, et également *L'Etat, les gouvernants, les agents*, p. 554, note 1 : « M. Hauriou emploie certainement la mauvaise expression « droit acquis » dans le sens que nous donnons à l'expression « droit subjectif ».

<sup>46</sup> Cf. Duguit, *Droit const.*, II, p. 238. — Jèze, *Principes généraux*, II, p. 807.

<sup>47</sup> Duguit, *Droit const.*, II, p. 239.

ne peut modifier une situation juridique subjective, parce que ce serait contester la validité d'actes juridiques individuels réguliers, passés antérieurement à elle. Il y aurait alors rétroactivité <sup>48</sup>.

Ce serait ainsi le cas, si une disposition nouvelle abaissant les tarifs des prestations pécuniaires dues par l'Etat aux fonctionnaires, venait s'appliquer aux traitements ou aux pensions échus. Dans cette éventualité, les droits acquis des fonctionnaires seraient atteints. Toutefois, s'agissant d'une diminution rétroactive introduite par une loi, la violation des droits acquis n'est sanctionnée par aucune voie de droit. Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est pas, en effet, une règle constitutionnelle. Le législateur n'est donc pas strictement tenu de le respecter <sup>49</sup>. Ainsi les décrets-lois de 1934 et la loi de 1936 portant diminution des pensions acquises pouvaient être considérés comme rétroactifs, sans qu'aucun moyen juridique ne permette d'en obtenir l'annulation par voie judiciaire. Seul un règlement est susceptible d'être attaqué pour rétroactivité, par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat <sup>50</sup>.

Le fonctionnaire ne peut donc trouver de protection judiciaire contre une modification de sa situation que dans la seule éventualité où un règlement nouveau viendrait introduire des modifications aux avantages déjà exigibles. Toutefois, si l'on songe que la situation des fonctionnaires est établie, de façon très complète, par un statut légal, il apparaît que cette protection n'interviendra que dans des cas tout à fait exceptionnels.

Le terme *droit acquis*, tel que le Conseil d'Etat l'emploie dans sa jurisprudence à propos des agents publics, doit donc être entendu dans une acception particulière, qui ne lui donne qu'une portée très limitée. Il reste établi que le fonctionnaire français n'a de droits que ceux qui découlent immédiatement, à son profit, de la législation et de la réglementation en vigueur. Les dispositions qui déterminent sa situation sont en tout temps modifiables, sans que l'agent puisse se prévaloir de droits acquis, pour autant qu'il n'en résulte pas une atteinte à des avantages déjà exigibles.

<sup>48</sup> Cf. Duguit, *Droit const.*, II, p. 230.

<sup>49</sup> A condition, toutefois, que la dérogation soit formellement édictée. Cf. Rouhier, op. cit., II, p. 754. — Pour Duguit, une telle loi devrait cependant être considérée comme contraire au droit: « Quant aux lois autres que les lois pénales, le législateur peut certainement décider, sans violer une règle constitutionnelle écrite, qu'elles auront un effet rétroactif. Mais, en le faisant, le législateur violerait certainement le droit, il ferait une loi contraire au droit, une loi qui théoriquement serait sans valeur, comme toute loi contraire au droit. » Duguit, *Droit const.*, II, p. 230.

<sup>50</sup> Jéze, *Principes généraux*, II, p. 802. CE 25.6.1948, *Société du journal L'Aurore*. Rec. p. 289. CE 27.4.1945, *Josué*, Sirey 1945-3-60.

Ce régime juridique de la fonction publique ne laisse donc pas de présenter une réelle rigueur pour le fonctionnaire. Il lui offre cependant l'avantage d'assurer l'impartialité de l'administration et de lutter ainsi contre le favoritisme. Car la règle selon laquelle la réglementation en vigueur s'applique à tous les fonctionnaires, joue également envers l'autorité publique. En effet, le Conseil d'Etat considère en principe comme nulle et de nul effet toute convention passée entre l'autorité et un fonctionnaire en particulier au sujet de l'occupation des fonctions <sup>51</sup>.

Cependant, la théorie statutaire, appliquée de façon absolue, ne saurait répondre à toutes les nécessités particulières qui peuvent s'imposer à l'administration. Dans ce qu'il a de général et d'abstrait, le statut légal présente une évidente rigidité, eu égard aux multiples exigences de l'organisation du service public. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet, en marge du régime général de la fonction publique, le recrutement de fonctionnaires par le moyen exceptionnel du contrat de droit public.

### § III. Une exception au régime général de la fonction publique : les fonctionnaires contractuels

Il existe en France, dans les cadres de l'administration, des agents investis de leurs fonctions par contrat <sup>52</sup>. Ce procédé garde toutefois un caractère exceptionnel. Consacré par le législateur de 1941 — art. 2 chiffre 4 de la loi du 14 septembre —, il ne fait l'objet d'aucune mention expresse dans la loi de 1946 sur le statut général des fonctions publiques. La doctrine, pour sa part, montre très généralement une grande hostilité au fait comme à la notion de fonctionnaire contractuel : « Il s'agit même au fond, écrit M. de Soto <sup>53</sup>, d'une notion juridiquement scandaleuse. » Cependant, l'administration considère le procédé du contrat comme indispensable dans quelques cas spéciaux, en raison des caractères de technicité, d'éloignement ou de précarité de certaines fonctions. L'engagement contractuel intervient, en effet, le plus souvent

<sup>51</sup> CE 4.8.1916, *Pingal*, Rec., p. 363 ; CE 25.10.1929, *Portebois*, Rec., p. 930 ; CE 28.7.1943, *Ciret*, Rec., p. 206 ; CE 11.1.1916, *Gérald*, Rec., p. 10. — Cf. Bonneau, RDP 1947, p. 309. — Plantey, op. cit., p. 25. — Duez et Debeyre, op. cit., p. 647. — de Soto, *Le fonctionnaire contractuel*, dans *Evolution du droit administratif*, études en l'honneur d'Achille Mestre, 1956, p. 494.

<sup>52</sup> Cf. de Soto, op. cit. — A. Brimo, *Le fonctionnaire contractuel*, RDP 1944, p. 107. — Duez et Debeyre, op. cit., p. 744 ss. — A. Plantey, op. cit., p. 25/26. — Rolland, op. cit., p. 74/75,

<sup>53</sup> op.cit., p. 494.

lorsqu'il s'agit de pourvoir des postes techniques ou coloniaux ou lors de la création de services provisoires. Le Conseil d'Etat a toujours admis cette pratique.

Les fonctionnaires contractuels forment ainsi une catégorie intermédiaire entre les employés des services industriels et commerciaux de l'Etat, engagés par contrat de droit privé, et les fonctionnaires statutaires. La situation des fonctionnaires contractuels a ceci de particulier qu'elle est à la fois statutaire et contractuelle. En effet, ces agents restent, de façon générale, soumis à la réglementation commune de la fonction publique. Cependant, dans la mesure où elle se trouve déterminée par les clauses du contrat — qui porteront généralement sur le traitement et la durée d'engagement — leur situation juridique va être subjective. L'Etat sera donc lié par le contrat et ne pourra intervenir pour en modifier le contenu. En conséquence, si le contrat fixe, par exemple, le traitement, et c'est le cas le plus fréquent, l'agent sera fondé à en exiger le paiement intégral, même si les traitements statutaires ont subi une diminution. En revanche, il ne pourra émettre aucune prétention juridique à bénéficier d'une augmentation générale. Son droit, créé par la convention, est indépendant de la législation en vigueur.

A propos des fonctionnaires contractuels, on peut donc parler de droits intangibles, dans la mesure où leurs avantages ne découlent pas directement de la loi, mais naissent des clauses du contrat. Mais encore une fois, cette institution du fonctionnaire contractuel s'inscrit tout à fait en marge du régime juridique général de la fonction publique et son application demeure la très grande exception.

#### Section IV. CONCLUSION

D'une façon générale, la doctrine et la jurisprudence françaises, comme d'ailleurs le droit positif, s'accordent pour reconnaître dans la situation juridique des fonctionnaires une situation purement statutaire. L'Etat est appelé à déterminer entièrement et unilatéralement le contenu du rapport de service, qui dépend ainsi directement de la législation en vigueur. Le fonctionnaire ne peut donc opposer aucun droit acquis à une modification de la loi du service qui viendrait porter atteinte aux avantages de sa fonction.

Toutefois, la notion de droit acquis n'est pas complètement absente du droit de la fonction publique, en France. Dès le moment où les

prestations dues par l'Etat deviennent exigibles, par la réunion des conditions fixées par la loi, on admet que le droit du fonctionnaire devient intangible. Il prend donc ainsi le caractère d'un droit acquis.

De plus, une catégorie exceptionnelle d'agents publics, les fonctionnaires contractuels, jouissent, vis-à-vis de l'Etat, de droits fondés sur un contrat de droit public. Les droits ainsi constitués restent indépendants de la législation en vigueur. Ils constituent également des droits acquis.

Dans ces deux seules éventualités, on peut parler de droits acquis des fonctionnaires, selon la conception française. Cette institution, on le voit, ne reçoit qu'une application très restreinte. Mais, juridiquement, la situation des fonctionnaires français est définie d'une façon assez claire pour que l'agent connaisse exactement sa position en face de l'Etat.

## Chapitre IV

### LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES EN SUISSE

#### Section I. GÉNÉRALITÉS SUR LA FONCTION PUBLIQUE EN SUISSE

Dans le domaine du droit de la fonction publique, comme dans tant d'autres domaines juridiques, la Suisse devait subir les influences divergentes des idées venues de France et d'Allemagne. Mais le service public, dans notre pays, garda néanmoins ses particularités. En effet, si l'on veut reprendre la distinction de *Fleiner* entre « *Volkstaaten* » et « *Beamtenstaaten* »<sup>1</sup> selon que les Etats sont administrés par des agents professionnels ou par des citoyens non spécialisés, on constate que la Suisse compte traditionnellement parmi les premiers, tandis que nos voisins se rangent au nombre des seconds.

Evidemment, depuis le début du siècle, l'accroissement considérable des charges incombant à l'administration publique a tendu à atténuer cette particularité, spécialement en ce qui concerne la Confédération et les cantons les plus importants. Toutefois, cette évolution vers le « *Beamtenstaat* » n'est pas encore parvenue à son terme, preuve en soient les caractéristiques de la fonction publique dans notre pays, qui sont restées, dans une large mesure, celles de l'Etat administré par les citoyens<sup>2</sup> :

principe de la période administrative, c'est-à-dire de l'engagement des fonctionnaires pour une durée limitée;

absence, en règle générale, de concours ou d'examens d'entrée, donc accès aux fonctions publiques largement ouvert et non réservé à des spécialistes;

institution de commissions extra-administratives pour des questions spéciales, commissions composées de citoyens choisis pour leurs compétences, mais sans liens directs avec l'Etat;

<sup>1</sup> *Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat*. Festgabe für Otto Mayer, p. 30.

<sup>2</sup> *Fleiner, op. cit.*, p. 36. Schw. Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, p. 247.

participation du peuple à l'administration publique par le droit de referendum;

caractère électif de certaines fonctions publiques, spécialement dans les cantons de la Suisse centrale.

De fait, la portée de certains de ces principes se trouve fortement atténuée. Ainsi, le système de la période administrative subsiste encore largement — seuls, à notre connaissance, les cantons de Genève et de Vaud l'ont supprimé — mais, pratiquement, le renouvellement des fonctions n'est, dans la très grande majorité des cas, qu'une simple formalité. On peut donc véritablement parler de fonctionnaires de carrière. En outre, il faut constater que la complexité toujours croissante des tâches de l'Etat a rendu inévitable une certaine spécialisation des agents publics.

Il n'en reste pas moins que, dans sa forme traditionnelle, la fonction publique en Suisse se distingue assez nettement de ce qu'elle est en France et en Allemagne.

Ces quelques remarques situent la position particulière de l'administration dans notre pays, position qui n'est pas sans influencer sur les données de toute question juridique touchant les fonctionnaires.

## Section II. LA NATURE JURIDIQUE DES DROITS DES FONCTIONNAIRES. ÉVOLUTION DU PROBLÈME

La conception aujourd'hui en vigueur de la nature juridique des droits des fonctionnaires est relativement nouvelle. Elle apparaît comme l'aboutissement d'une évolution qui, dès la fin du siècle passé, a marqué toute la question des rapports entre Etat et fonctionnaires. Pour préciser l'état actuel du problème, il nous paraît judicieux d'en retracer, ne fût-ce que sommairement, les principales étapes.

Brièvement exprimée, cette évolution consiste dans le passage de la situation juridique des fonctionnaires du domaine du droit privé à celui du droit public. Cette transformation atteint également les droits des agents publics, mais avec un certain décalage, puisque, dans une étape intermédiaire, on persista à les considérer comme des droits privés, alors que le rapport de service, dont ils découlaient, était soumis au droit public.

Trois conceptions du rapport de service se sont donc succédées : conceptions de droit privé, de droit mixte, et de droit public.

## § 1. *Le rapport de service, rapport de droit privé*

Dans un premier état de la jurisprudence, le Tribunal fédéral paraît encore sous l'influence de cette notion historique de la fonction publique qui, de la féodalité à la fin de l'ancien régime, définit le fonctionnaire, non pas comme un serviteur de la collectivité, mais bien comme un serviteur privé du Prince. L'engagement de l'agent public intervenait alors tout naturellement sous la forme d'un contrat civil de louage de services.

Pourtant depuis longtemps déjà, l'idée d'Etat agissant au nom de la collectivité avait remplacé celle du pouvoir absolu du Prince. Mais le droit public, encore au stade initial de son développement, ne pouvait encore rendre compte de tous les rapports entre l'Etat, puissance publique, et les personnes privées. Ainsi, dans ses premiers arrêts, le Tribunal fédéral conçoit l'engagement du fonctionnaire comme un contrat de droit civil<sup>3</sup>. Tous les droits qui en découlent pour l'agent se fondent sur le droit privé; ce sont des droits contractuels<sup>4</sup>. L'Etat, par une obligation soumise à la sanction des tribunaux ordinaires, est tenu par les clauses du contrat.

Cependant, le Tribunal fédéral en vint rapidement à admettre que ce contrat n'était pas assimilable, en tous points, à un contrat de travail, sans pour autant, d'ailleurs, en définir très précisément la nature particulière. Il reconnut par exemple à l'Etat le droit de supprimer des emplois et de congédier des fonctionnaires « en vertu de sa puissance publique »<sup>5</sup>. Le fonctionnaire pouvait alors prétendre à une juste indemnité; mais c'était cependant introduire l'idée de sa subordination à l'Etat sur le plan juridique, ce qui déjà laissait apparaître une conception de la fonction publique fondée sur le droit public. Au reste, dans deux arrêts isolés de cette époque, le Tribunal fédéral considère le rapport de service comme ressortissant au droit public, mais exceptionnellement et sans justifier son point de vue<sup>6</sup>.

En définitive, aucune prise de position très ferme ne ressort clairement de cette jurisprudence, où seule domine l'idée d'assurer aux agents publics une protection juridique que l'on trouve organisée sur le seul terrain du droit privé<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> RO 4.321; 6.161.

<sup>4</sup> RO 3.585; 4.323; 6.474.

<sup>5</sup> RO 4.326.

<sup>6</sup> RO 3.147; 7.138.

<sup>7</sup> Giacometti, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsinstituten in der Judikatur des schw. Bundesgerichtes*, Tübingen 1924, p. 12 ss (cité *infra* Ueber die Grenzziehung).

L'introduction du Code fédéral des obligations en 1881 devait constituer un moment important dans l'évolution de la nature juridique de la fonction publique. En effet, à son article 349, alinéa 1 (art. 362 depuis la révision de 1911), le CO réservait le droit public de la Confédération et des cantons pour les employés et fonctionnaires publics, les soustrayant ainsi implicitement aux dispositions de droit privé sur le contrat de travail.

## § 2. *Le rapport de service, rapport de droit mixte*

Se fondant sur le Code des obligations, le Tribunal fédéral considéra alors le rapport de droit liant le fonctionnaire à l'Etat comme inclus dans le domaine du droit public<sup>8</sup>. Ce qui devient déterminant pour fonder cette nouvelle conception, c'est le rapport de subordination dans lequel se trouvent les fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat. En effet, c'est comme puissance publique qu'agit l'Etat lorsqu'il engage les agents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches d'intérêt public<sup>9</sup>. Les parties à cet engagement ne peuvent donc se trouver juridiquement sur un pied d'égalité. De ce fait découle l'appartenance du rapport de droit ainsi créé au domaine du droit public. Il s'agit donc d'une stricte application de la théorie du sujet. Selon cette théorie, en effet, le droit public se distingue du droit privé par le fait que l'Etat y apparaît comme détenteur de la puissance publique en face de la personne privée considérée comme « sujet »<sup>10</sup>.

Le Tribunal fédéral ayant admis le principe de la soumission du rapport de service au droit public, on pouvait s'attendre qu'il prendrait position sur la nature juridique de l'engagement du fonctionnaire, de façon à préciser la situation juridique de l'agent au sein du droit public. S'agit-il d'un acte administratif unilatéral, mais exigeant l'assentiment de l'intéressé, ou d'un contrat de droit public ? Le Tribunal

<sup>8</sup> RO 9.208 ; 12.697 ; 13.534 ; 16.435 ; 24 II 940, etc.

<sup>9</sup> RO 13.534 : « ... le rapport en question se trouve réglé par les lois ou arrêtés de droit public, de telle façon que la nomination apparaît comme un acte émanant de l'autorité exécutive non en représentante du fisc, mais comme organe de la souveraineté de l'Etat. »

<sup>10</sup> Si cette théorie est celle dont le TF se sert le plus volontiers pour établir la distinction entre droit privé et droit public, un autre critère possible, à savoir l'intérêt en cause, conduit également à reconnaître le rapport de service comme un rapport de droit public. En effet, selon cette seconde théorie, c'est le but visé qui est déterminant. Tout acte accompli dans l'intérêt public est soumis au droit public alors que le droit privé a trait aux intérêts particuliers. Or, l'Etat engage le personnel dont il a besoin pour mener à bien ses tâches d'utilité publique, c'est incontestablement le *bonum commune* qu'il a en vue. La situation des fonctionnaires trouve donc sa place dans le domaine du droit public.

fédéral laissa cependant la question ouverte <sup>11</sup>. C'est qu'il n'entendait pas tirer toutes les conséquences de sa nouvelle conception et inclure entièrement les relations juridiques entre les fonctionnaires et l'Etat dans le domaine du droit public. Ainsi, bien que le rapport de service fût désormais considéré comme un rapport de droit public, certains de ses effets restaient dominés par le droit privé. Soucieux avant tout d'assurer une protection judiciaire efficace aux droits pécuniaires des agents de l'Etat, le Tribunal fédéral continua, en effet, à les ranger au nombre des droits privés : « Bien que le choix des fonctionnaires apparaisse en première ligne comme acte émané de l'administration et ressortissant dès lors au domaine du droit public, il est incontestable que leur nomination entraîne également des conséquences de droit privé. L'Etat assure aux fonctionnaires, pour un temps déterminé, les traitements afférents à leurs fonctions. Il est évident que l'Etat est lié par ces stipulations et qu'il est soumis en cas de litige à ce sujet aux tribunaux compétents en matière civile. » <sup>12</sup>

On se trouvait donc en présence d'un rapport de droit mixte, fondé principalement sur le droit public, mais dont certaines conséquences relevaient du droit privé. Les changements apportés par la jurisprudence à la conception juridique du rapport de service ne touchaient donc en rien les droits pécuniaires du fonctionnaire, qui restaient des droits privés de nature contractuelle ou tout au moins quasi contractuelle <sup>13</sup>. Une atteinte à ces droits était alors sanctionnée par une action en exécution de contrat ou en dommages-intérêts <sup>14</sup>. L'Etat assumait donc, à ce point de vue, un engagement de droit civil soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires. Une fois fixés, les droits des fonctionnaires ne pouvaient subir de modifications défavorables introduites unilatéralement par l'Etat sans entraîner pour celui-ci l'obligation d'indemniser les agents lésés. Pendant la durée de son engagement, le fonctionnaire était assuré de l'intangibilité de ses droits.

Cette théorie du rapport de service conçu comme un rapport de droit mixte n'était pas nouvelle. Son origine remonte à l'ouvrage de *Perthes* « *Ueber den Staatsdienst in Preussen* » paru en 1838. Dès la

<sup>11</sup> Dans quelques arrêts, le TF semble pencher pour la première solution (RO 9.212; 12.710; 13.534; 41 II 175). Pourtant dans un arrêt postérieur — RO 46 I 149 — JT 1920 331 — il affirme que cette question n'importe pas, avant de se prononcer fermement pour l'acte unilatéral — RO 66 I 313.

<sup>12</sup> RO 9.212; dans le même sens : RO 13.534; 16.435.

<sup>13</sup> Dans un arrêt RO 12.697, le TF considère que le droit au traitement, s'il appartient au droit privé, ne repose pas sur un contrat, mais bien directement sur la loi. Dans d'autres arrêts pourtant, il paraît admettre l'existence, parallèlement au rapport de droit public, d'un contrat de droit privé englobant tous les avantages matériels offerts aux fonctionnaires. — RO 9.212; 13.237; 15.535.

<sup>14</sup> RO 13.347; 16.445.

seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et jusqu'à la première guerre mondiale, elle fut largement reçue en Allemagne, où elle se manifesta comme une survivance de la théorie du fisc. Pourtant, cette théorie qui proclamait la soumission de l'Etat au droit privé pour toutes les questions d'ordre patrimonial n'a jamais été véritablement adoptée dans notre pays où, à aucun moment, le principe du contrôle de l'administration par le pouvoir judiciaire, ne fut reconnu comme une règle générale<sup>15</sup>. Mais, sous l'influence des idées allemandes et mue par des raisons d'opportunité plus que par des considérations théoriques, la jurisprudence fédérale introduisit cette conception de droit mixte qui sauvegardait, avant tout, un recours juridictionnel en faveur des fonctionnaires atteints dans leurs droits. Elle reprit alors l'argument principal invoqué en Allemagne à l'appui de cette thèse, à savoir que les droits des fonctionnaires, bien qu'issus d'un rapport de droit public, sont destinés à satisfaire des intérêts individuels; on en conclut qu'ils ressortissent au droit privé<sup>16</sup>. C'est donc leur but et non leur fondement qui sert à les déterminer. Mais, ainsi que le remarque M. Giacometti<sup>17</sup>, un tel critère conduirait par exemple à considérer comme droits privés les droits constitutionnels du citoyen, également destinés, au premier chef, à satisfaire des intérêts particuliers<sup>18</sup>.

Si toutefois l'on reconnaît le droit public comme un domaine autonome, auquel doit correspondre une juridiction particulière, et si l'on admet que le principe de l'Etat de droit, base de toutes les constitutions démocratiques modernes, constitue une garantie suffisante contre l'arbitraire, il faut convenir que la théorie des rapports de droit mixte perd toute justification. Dès le début du siècle, de nombreux auteurs soulignèrent l'illogisme de cette théorie et la combattirent au profit d'une conception juridique unitaire soumettant sans restriction la situation juridique du fonctionnaire au droit public<sup>19</sup>.

Le Tribunal fédéral, pour sa part, après un premier essai d'abandon

<sup>15</sup> Z. Giacometti, *Über die Grenzziehung*, p. 5.

<sup>16</sup> RO 12.710; 16.435.

<sup>17</sup> Z. Giacometti, *Über die Grenzziehung*, p. 21.

<sup>18</sup> Selon Burckhardt (*Organisation*, p. 86), il ne faut pas dire que les droits des fonctionnaires découlent (*entstehen*) du rapport de service, auquel cas, on devrait bien admettre leur caractère de droits publics, mais bien qu'ils lui appartiennent (*gehören*). Il n'y aurait dès lors pour cet auteur, aucune difficulté à admettre leur appartenance au droit privé.

<sup>19</sup> Fleiner, *Umbildung*, p. 14; Giacometti, *Über die Grenzziehung*, p. 20; Fluckiger, *Zur Rechtstellung des Beamten*, ZBJV 1920, p. 457; cet auteur cite également les avis des professeurs Fleiner, Jäger et Blumenstein, exprimés dans les travaux préparatoires de la loi fédérale sur la juridiction administrative, du 7 mars 1917.

de la théorie du droit mixte <sup>20</sup>, finit par se rallier définitivement à la doctrine de droit unitaire avec l'arrêt du 7 février 1920, *ville de Berne contre Cour d'appel du canton de Berne* <sup>21</sup>. Cet arrêt consacre l'abandon de la théorie de droit mixte par la jurisprudence fédérale. Le Tribunal fédéral, appliquant intégralement l'article 362 CO, proclame dès lors et de façon constante, la soumission totale du rapport de service au droit public <sup>22</sup>.

### § 3. *Le rapport de service, rapport de droit public*

Lorsqu'il reconnut la qualité de droits publics aux droits pécuniaires des fonctionnaires, soustrayant ainsi entièrement le rapport de service au droit privé, le Tribunal fédéral s'accordait avec la doctrine dominante, qui avait porté de vives critiques à la théorie du rapport de droit mixte. Cependant, si l'unanimité devait se faire sur ce principe même, des divergences allaient surgir quant à son application.

Quelles conséquences, en effet, devait entraîner pour le fonctionnaire le passage de ses droits du domaine du droit privé à celui du droit public ? Dans les précédentes parties de ce travail, nous avons donné un aperçu des solutions allemande et française au problème des droits des fonctionnaires. Nous avons pu remarquer qu'en Allemagne, ces droits furent mis au nombre des droits publics subjectifs, alors qu'en France le fonctionnaire se trouvait dans une situation entièrement statutaire et objective. Ces idées divergentes allaient exercer une forte influence dans notre pays. Or, il apparaît que les tenants des premières, représentés principalement par *Fleiner* et *Burckhardt*, ne furent pas

<sup>20</sup> RO 24 II 940; peu après toutefois, le TF fait à nouveau état de la théorie de droit mixte : RO 25 II 1023.

<sup>21</sup> « Dem Rekurrenten mag ferner zugegeben werden, dass die durch die Praxis bishergemachte Einschränkung, welche den Besoldungsanspruch des Beamten gegenüber dem Staate als einen privatrechtlichen, d. h. als privatrechtliche Folge des an sich öffentlichrechtlichen, das Beamtenverhältnis begründenden Rechtsaktes betrachtet, etwas Gekünsteltes an sich trägt und sich kaum durch logische Erwägungen, sondern wesentlich nur durch geschichtliche Gründe und das Bestreben erklären lässt, für solche Streitigkeiten, bei denen das ökonomische Interesse des Staates auf dem Spiele steht, auf alle Fälle eine unabhängige, von der Verwaltung getrennte Rechtssprechung zu gewährleisten. » RO 46 I 150 = JT 1920 I 381.

<sup>22</sup> Ce point de vue allait être rapidement consacré par le législateur fédéral puisque l'art. 17 de la loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire, du 11 juin 1928, met au nombre des demandes litigieuses d'ordre pécuniaire formées en vertu du droit public, les contestations découlant des rapports de service des fonctionnaires fédéraux. — Cf. également, message du Conseil fédéral à l'appui de cette loi, FF. 1925 II, p. 214.

suivis par la jurisprudence, qui, au contraire, s'inspira largement des secondes, en leur apportant toutefois certains tempéraments.

Nous examinerons brièvement les thèses de la doctrine d'inspiration allemande, pour ensuite rendre compte de la position adoptée par le Tribunal fédéral.

#### A. — Les thèses de la doctrine d'inspiration allemande

Selon une doctrine très en faveur chez les publicistes allemands et à laquelle s'associe *Fleiner*<sup>23</sup>, deux possibilités s'offrent au législateur de droit public chargé d'établir les prestations accordées par l'Etat à des particuliers :

1. — Le législateur peut donner au bénéficiaire de telles prestations un droit immédiat, en ce sens que, né de la loi, le droit prend, en quelque sorte, une existence propre, s'intégrant au patrimoine du particulier. Ce dernier se trouve ainsi, à l'égard de l'Etat, dans la position d'un créancier en face de son débiteur. On dira alors que ce droit est un droit public subjectif.

2. — Le législateur peut se contenter de poser une norme de droit objectif. L'individu auquel cette norme procure un avantage n'a plus alors qu'un droit médiat à cet avantage, c'est-à-dire qu'il peut y prétendre en vertu non pas d'un droit direct lui compétant en propre, mais bien d'un droit général à ce que l'autorité applique rigoureusement la loi (*Gesetzvollziehungsanspruch*). De la règle de droit objectif naît pour l'autorité l'obligation d'exécuter les prestations que l'Etat entend allouer à certaines personnes privées. Il n'en découle pas pour ces dernières un droit immédiat à ces prestations, soit un droit public subjectif, mais seulement ce que la terminologie allemande nomme un *droit-réflexe* (*Reflexenrecht*) qui est un simple pouvoir objectif.

Une fois créé, le droit public subjectif devient indépendant de la disposition légale dont il procède. La modification ou l'abrogation de celle-ci n'influent donc en aucune façon ni sur son contenu ni sur son existence. On est donc en présence d'un droit véritablement acquis. Si cependant l'Etat est amené à y porter atteinte unilatéralement, le titulaire, dont la position est celle d'un créancier, est alors en droit de réclamer des dommages-intérêts. En revanche, le *droit-réflexe* reste intimement lié à la loi. Il en subit immédiatement toutes les variations. L'individu ne peut en aucune façon prétendre à l'intangibilité de l'avantage qu'il en retire. Son droit n'existe que comme une conséquence de l'application de la loi en vigueur.

<sup>23</sup> *Fleiner, Institutionen*, p. 172.

Ainsi donc, selon que le législateur choisit la première ou la seconde de ces possibilités, les conséquences sont très différentes pour le bénéficiaire d'une prestation de l'Etat. Mais, comme le remarque *Fleiner*, aucune différence extérieure, sinon la volonté du législateur, ne distingue le droit public subjectif du *droit-réflexe*. C'est donc à l'interprétation de la loi qu'il faut recourir.

Les avantages pécuniaires des fonctionnaires sont indiscutablement des prestations allouées par l'Etat à des particuliers et issues du droit public. Il s'agit donc de déterminer leur nature : droits publics subjectifs ou *droits-réflexes*.

Pour *Fleiner*, la réponse ne fait aucun doute : les droits pécuniaires des agents de l'Etat sont des droits publics subjectifs <sup>24</sup>. Cet éminent auteur constate en effet que la théorie de droit mixte ne trouvait de justification que dans le souci d'assurer aux fonctionnaires une protection juridique efficace de leurs droits. Or cette protection peut parfaitement se réaliser sur le terrain du droit public par l'institution du droit public subjectif et sans qu'il soit besoin de scinder arbitrairement un rapport de droit qui forme une unité du point de vue juridique <sup>25</sup>. L'adoption de la théorie de droit public n'est qu'une exigence de la logique juridique. En aucune façon il ne doit en résulter un affaiblissement des droits issus du rapport de service. Le fonctionnaire reste donc, touchant ses prétentions pécuniaires contre l'Etat, dans une situation juridique subjective, bien que de droit public. Dès lors, les droits qui lui sont conférés sont des droits publics subjectifs, des droits acquis, soustraits, en principe, à toute modification. Si toutefois l'Etat est amené à imposer une diminution de ces droits, il est alors tenu d'indemniser les agents lésés, cela, selon *Fleiner*, en vertu d'un principe de droit coutumier, issu de l'ancienne théorie contractuelle du rapport de service <sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Fleiner*, *Institutionen*, p. 177; *Umbildung*, p. 15; *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 261. On notera que dans la nouvelle édition de cet ouvrage, revue par le prof. Giacometti, les droits des fonctionnaires ne sont plus mentionnés comme droits publics subjectifs. Giacometti/*Fleiner*, *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 676. Dans le même sens que *Fleiner*, Imhof, *Das öffentliche Dienstverhältnis*, ZSR 1929, p. 277 a; Aepli, *Der Lohnabbau im öff. Anstellungsverhältnis während der Amtsdauer*, 1922, p. 49; Hans Huber, *Der Schutz der wohlverordneten Rechte in der Schweiz*, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek* 1955.

<sup>25</sup> « Man braucht nicht ein einheitliches Institut gewaltsam zu zerreißen und den einen Teil im Privatrecht zu lokalisieren, um die Juristische Erklärung zu gewinnen, dass der Einzelne auch dem Staat gegenüber subjektive Rechte besitzt. » *Fleiner*, *Umbildung*, p. 15.

<sup>26</sup> « So steht dem Beamten wegen der von Gesetzgeber während seiner Amtsdauer verfügten Gehaltsverkürzung ein im öffentlichen Rechte begründeter Schadenersatzanspruch zu, kraft eines Satzes, der aus der Periode stammt, in der das Beamtenverhältnis unter der Normen des Dienstvertrages gestanden hat. » *Fleiner*, *Institutionen*, p. 55. Dans le même sens : Imhof, *op. cit.*, p. 281 a.

Pratiquement donc, les garanties juridiques entourant les droits pécuniaires des fonctionnaires doivent rester ce qu'elles étaient sous l'empire de la conception contractuelle du rapport de service.

C'est également la conclusion à laquelle parvient *Burckhardt*, qui, pour sa part, juge indifférent que l'étiquette « droit public » soit appliquée ou non aux prétentions des fonctionnaires contre l'Etat, car, de toute façon, ces droits doivent être « aussi forts que s'ils découlaient d'un rapport de droit privé »<sup>27</sup>. Pour cet auteur, ce qui constitue la caractéristique principale de la situation du fonctionnaire, c'est la nécessité de son accord pour la validité de l'acte de nomination<sup>28</sup>. Or, le fonctionnaire accepte sa nomination sur la base des conditions qui lui sont offertes. Il en découle que ces conditions ne peuvent faire l'objet de modifications imposées unilatéralement par l'Etat, pendant toute la durée de l'engagement. Tous les droits accordés au fonctionnaire dès son entrée en fonctions sont donc des droits acquis.

Pour *Burckhardt*, la situation des fonctionnaires ne repose pas directement sur la loi, mais bien sur l'acte de nomination lui-même<sup>29</sup>. Les dispositions légales du statut ne sont là que pour servir de base à cet acte. Les conditions ainsi fixées le sont donc définitivement, à moins cependant que l'Etat ne se réserve expressément le droit d'y apporter des modifications.

Ainsi, tandis que *Fleiner* reconnaît aux droits des fonctionnaires le caractère de droits publics subjectifs, dans le cadre d'un engagement conçu comme un acte administratif unilatéral, *Burckhardt* parvient à un résultat semblable, mais en se rapprochant singulièrement d'une notion contractuelle de la situation juridique des agents publics<sup>30</sup> : les droits des fonctionnaires restent intangibles tant que dure le rapport de service, ce sont des droits acquis<sup>31</sup> ; si toutefois ils doivent subir des

<sup>27</sup> « ein ebenso festes Recht wie kraft eines privaten Rechtsverhältnis », *Burckhardt, Organisation*, p. 110. Dans le même sens, *ZBJV* 1928, p. 62 et 71.

<sup>28</sup> *Burckhardt, ZBJV*, 1928, p. 60. *Contra* : *Fleiner, Institutionen*, p. 192. *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 250 ; *Giacometti, Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 652. Pour ces auteurs, le fait que la fonction publique soit facultative ou obligatoire n'influe en aucune façon sur la construction juridique du rapport de service.

<sup>29</sup> *Burckhardt, ZBJV* 1928, p. 70, 74.

<sup>30</sup> *Burckhardt* se refuse à prendre position de façon expresse sur la question de la nature juridique de l'engagement du fonctionnaire, question qu'il considère comme « accessoire », *nebensächlich* (*ZBJV* 1928, p. 60, 62). Par ailleurs, cet auteur déclare que les contestations qui peuvent naître entre les fonctionnaires et l'Etat sur le contenu des conditions d'engagement doivent se trancher « d'après la volonté des parties ». *Op. cit.*, p. 71.

<sup>31</sup> Selon *Fleiner*, la règle exprimée par la constitution de Weimar à son art. 129 III (cf. *infra*, p. 23) doit s'appliquer même en l'absence de toute garantie formelle de cette sorte, expressément inscrite dans la loi. *Institutionen*, p. 55.

modifications, une telle mesure entraîne l'obligation pour l'Etat d'indemniser les agents lésés.

On peut remarquer qu'avec le système de la période administrative — système qui jouit encore d'une grande faveur, puisque seuls les cantons de Genève et Vaud l'ont abandonné — l'engagement des fonctionnaires se trouve limité dans le temps. Son renouvellement peut alors intervenir sur des bases nouvelles, imposées par l'Etat, sans que le fonctionnaire puisse jamais se prévaloir de ses avantages antérieurs<sup>32</sup>. L'agent est évidemment libre d'accepter ou de refuser ces nouvelles conditions, encore que pratiquement, après un certain nombre d'années de service, il lui sera le plus souvent malaisé de renoncer à sa situation.

Ainsi, lorsque les circonstances obligent l'Etat à reconsidérer les avantages qu'il accorde à ses agents, rien ne peut l'empêcher de faire coïncider cette mesure avec le renouvellement de la période administrative; le fonctionnaire est alors privé de tout droit de recours. La relative brièveté de ces périodes ne peut d'ailleurs que favoriser un tel procédé<sup>33</sup>. L'Etat sera même contraint, le plus souvent, d'agir de cette façon. Par exemple, une révision des prestations pécuniaires allouées aux fonctionnaires, effectuée dans le cadre de mesures d'économie, n'aboutirait à aucun résultat, si elle devait s'accompagner du versement d'indemnités à tous les agents atteints dans leurs droits.

Mais qu'en est-il lorsque le système de la nomination pour une durée indéterminée vient remplacer celui de la période administrative? L'Etat serait alors définitivement lié par les conditions accordées à ses agents, à moins toutefois qu'il ne se soit expressément réservé le droit d'y apporter des modifications. Il est permis de penser que l'emploi d'une telle clause ne manquerait pas de se généraliser. Car on conçoit mal que l'Etat puisse s'engager de façon immuable et à long terme dans un domaine régi par le droit public. En effet, si la règle de droit public est dirigée vers la satisfaction de l'intérêt public, et c'est là son but essentiel<sup>34</sup>, elle doit rester adaptable à l'évolution des exigences de cet intérêt public, auxquelles des intérêts particuliers ne doivent pas faire obstacle.

*Burckhardt* ne se dissimule pas l'opposition qui se manifeste entre

<sup>32</sup> Exemple : art. 57, al. 1 de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927/24 juin 1949 : « Les rapports de service prennent fin à l'expiration de la période administrative. L'autorité qui nomme décide librement du renouvellement de ces rapports. »

<sup>33</sup> Ainsi pour les fonctionnaires fédéraux, la période administrative est en règle générale de trois ans. Cf. art. 6, al. 1 de la loi sur le statut des fonctionnaires.

<sup>34</sup> *Burckhardt, Organisation*, p. 84.

cette nécessaire adaptation des dispositions de droit public au *bonum commune* et cette intangibilité de la situation juridique des fonctionnaires<sup>35</sup>. Il propose alors la solution suivante : dans la mesure où l'exige l'intérêt public, l'Etat peut apporter à la situation des fonctionnaires toutes les modifications qui s'imposent, mais l'agent qui n'accepte pas ces nouvelles conditions est en droit de se démettre de ses fonctions *unter Währung seiner pekuniären Interessen*, soit en conservant ses droits pécuniaires dans leur intégralité<sup>36</sup>.

Si nous comprenons bien *Burckhardt*, l'administration devrait continuer à appointer des agents ayant quitté ses services, jusqu'à la fin de la période pour laquelle ils ont été engagés. Dans le cas d'une diminution des traitements, par exemple, les agents mécontents qui abandonneraient leurs fonctions pourraient ainsi prétendre à conserver leurs avantages pécuniaires selon l'ancien barème. En revanche, les nouveaux tarifs seraient appliqués à ceux qui resteraient à leur poste. Par ce qu'elle a d'illogique, une telle solution ne nous paraît guère acceptable. De plus, la thèse de *Burckhardt* suppose évidemment le système de la période administrative. Il faut bien en effet que cette « garantie des intérêts pécuniaires » soit limitée dans le temps. Qu'en est-il alors des droits des fonctionnaires engagés pour une période indéterminée ? Cette solution ne saurait leur être appliquée. Or, nous ne voyons pas que la durée limitée ou indéterminée de la nomination de l'agent public soit un élément de nature à justifier une différence essentielle dans la nature de ces droits.

En définitive, l'exemple donné par l'Allemagne sous la République de Weimar est là pour montrer que le fait de reconnaître les droits des fonctionnaires comme droits publics subjectifs ne leur assure pas toutes les garanties d'intangibilité que veut y trouver cette doctrine. De nombreux moyens permettent à l'Etat de passer outre à la protection juridique dont on veut entourer ces droits. Le plus souvent même, l'Etat se verra dans l'obligation, vu les circonstances, de faire usage de ces moyens.

En Suisse, de 1930 à 1936, la crise économique rendit indispensable de nombreuses et successives réductions des traitements et pensions du personnel administratif. Mais à quoi bon s'élever contre une telle « violation des droits acquis » pour remarquer ensuite, comme M. *Hans Huber*<sup>37</sup>, que, s'agissant des lois fédérales, le Tribunal fédéral était lié

<sup>35</sup> *Burckhardt*, ZBJV 1928, p. 63.

<sup>36</sup> *Burckhardt*, ZBJV 1928, p. 65.

<sup>37</sup> *Hans Huber*, *Der Schutz der wohlverworbenen Rechte in der Schweiz*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955.

et qu'on ne pouvait interdire aux cantons de prendre des mesures analogues à celles qu'édicteait la Confédération. Si l'Etat peut intervenir unilatéralement pour modifier les droits des fonctionnaires, sans que ces derniers soient en mesure de faire valoir leurs prétentions à l'intangibilité de leurs avantages, une conclusion s'impose : il ne s'agit pas de droits acquis.

C'est ainsi qu'une vue plus réaliste des choses devait amener le Tribunal fédéral à s'écarter de cette doctrine d'inspiration allemande, pour adopter une position proche du point de vue français.

### *B. — La position de la jurisprudence fédérale.*

Dès qu'il eut posé le principe de la complète soumission du rapport de service au droit public, le Tribunal fédéral, se refusant à reconnaître aux droits des fonctionnaires le caractère de droits publics subjectifs, prit parti, de façon catégorique, pour une conception entièrement statutaire de la situation des agents publics <sup>38</sup> :

« On ne saurait reconnaître au fonctionnaire le droit d'exiger que le régime légal sous lequel il a été nommé demeure sans changement pendant toute la durée de ses fonctions. (...) Il résulte de la nature même des choses, que son statut peut et doit être adapté aux circonstances générales du moment et que lorsque celles-ci se modifient, le législateur peut lui faire subir des modifications correspondantes sans que l'Etat soit tenu de compenser par le paiement d'indemnités tout sacrifice qui, dans l'intérêt public, peut lui être imposé. » <sup>39</sup>

Ce sont donc des raisons pratiques, « la nature même des choses », qui exigent et justifient à la fois l'adoption de la théorie statutaire. Le Tribunal fédéral, s'en tenant à la notion traditionnelle de la fonction publique conçue comme un service et non comme un métier, admet ainsi que non seulement les devoirs, mais également les

<sup>38</sup> Dans la doctrine, ce point de vue a trouvé également des partisans, au nombre desquels nous citerons : R. Secrétan, *La situation juridique des fonctionnaires*, Lausanne 1930, p. 30; E. Ruck, *Schw. Staatsrecht*, Zurich 1939, p. 101 ss; A. Favre, *Cours de droit public*, Fribourg 1954, II, p. 99; H. Senn, *Die rechtliche Natur des Pensionanspruch der Bundesbeamten — angestellten und — arbeiter*. Thèse Zurich 1929; M. Kilchenmann, *La révocation des fonctionnaires administratifs*, Thèse Lausanne 1945.

<sup>39</sup> RO 50 I 69 = JT 1924 I 312. Il s'agissait en l'espèce d'un recours interjeté par des fonctionnaires genevois contre l'introduction d'une limite d'âge mettant fin automatiquement à leurs fonctions. Les recourants se prévalaient d'un droit acquis, qu'ils tiraient de l'ancienne législation, à rester à leur poste aussi longtemps qu'ils en auraient la capacité physique et intellectuelle. Le TF a rejeté le recours, considérant principalement que les causes de fin de service étaient énumérées par la loi et que rien n'empêchait le législateur d'en ajouter de nouvelles : « Il reste uniquement ceci, dit le TF, que nommés sous un régime qui ne connaissait pas la limitation de la durée des fonctions, le fonctionnaire se trouve soumis à un nouveau régime qui connaît une limitation. »

droits des fonctionnaires sont déterminés en vue du meilleur fonctionnement des services publics, c'est-à-dire de l'intérêt général <sup>40</sup>. Il fait sien le principe très largement admis dans la doctrine et la jurisprudence françaises selon lequel les avantages pécuniaires sont alloués aux fonctionnaires en vue de la fonction elle-même plutôt que de la personne qui l'occupe <sup>41</sup>. La notion de *bonum commune* régit donc entièrement la situation du fonctionnaire. Sur elle se fonde la position prépondérante faite à l'Etat, d'où résultent les droits spéciaux que ce dernier détient face à ses agents : pouvoir hiérarchique et disciplinaire, droit de supprimer l'emploi, droit de modifier la loi du service <sup>42</sup>.

Les lois et les règlements fixent, en tous points, la situation du fonctionnaire. Ces textes peuvent et doivent subir les modifications qu'impose leur adaptation constante aux exigences de l'intérêt public <sup>43</sup>. De là découle le principe de l'absence de tout droit général du fonctionnaire à l'intangibilité de ses avantages, principe sur lequel le Tribunal fédéral fonde une jurisprudence constante, depuis l'abandon de la théorie du droit mixte <sup>44</sup>. En d'autres termes, le statut des fonctionnaires n'assure à ces derniers que les droits conférés par la législation en vigueur. Toute modification de la loi du service, à condition qu'elle se fonde sur des motifs suffisants pour écarter le reproche d'arbitraire <sup>45</sup>, peut s'appliquer immédiatement, même aux agents en fonctions. Atteints dans les avantages de leurs fonctions, ceux-ci ne peuvent invoquer aucune situation juridique subjective. Les droits que les fonctionnaires tirent de leur statut légal et réglementaire ne sont, de par leur nature, aucunement garantis dans leur intégrité. De la position statutaire qui est celle du personnel administratif, il ne découle donc aucun droit acquis. Tels sont les principes sur lesquels le Tribunal fédéral fonde sa jurisprudence, rejoignant ainsi le point de vue admis en France.

Cependant, l'application de la théorie statutaire fut tout d'abord limitée aux droits des agents en fonctions : « Per quando concerne i funzionari già pensionati, la prestesa della pensione è altresì accertata

<sup>40</sup> Cf. A. Favre, *Cours de droit public*, II, p. 99.

<sup>41</sup> Cf. *supra*, p. 44.

<sup>42</sup> Cf. R. Secrétan, *op. cit.*, p. 15.

<sup>43</sup> « Le législateur peut revenir sur un acte législatif lorsqu'il a pour cela des motifs plausibles tirés soit de l'intérêt public, soit d'une modification des circonstances qui ont fait adopter la loi antérieure, soit d'une situation économique et fiscale différente. » Arrêt non publié du 4 nov. 1927, Société des retraités des corps de police du canton de Genève (cité *infra* : Sté des retraités).

<sup>44</sup> RO 50 I 69 = JT 1924 I 312. — RO 63 I 116. — RO 70 I 10. — SJ 1944, p. 560. — RO 77 I 136 = JT 1952 I 113. Arrêts non publiés : Sté des retraités; Fédération du personnel de l'administration communale lausannoise, du 18.10.1950 (cité *infra* : Féd. du personnel).

<sup>45</sup> Cf. *infra*, Section V du présent chapitre, sur l'application de l'art. 4 cf. à la protection des droits des fonctionnaires.

da un decreto individuale que, anche prescindendo dall'art. 37, dà origine ad un diritto soggettivo »<sup>46</sup> Le Tribunal fédéral établissait ainsi une nette distinction entre le droit au traitement, en tout temps modifiable par une décision unilatérale de l'Etat, et le droit à la pension, intangible dès la retraite. Cette distinction ne fut toutefois pas maintenue. Constatant que « le droit à la pension est de même essence que le droit au traitement »<sup>47</sup>, le Tribunal fédéral y renonça, pour dénier tout caractère constitutif à l'avis de rente délivré à l'agent au moment de sa mise à la retraite<sup>48</sup> :

« Ces documents émanant de la commission des pensions ne sont pas de véritables titres incorporant et conférant un droit particulier au bénéficiaire. (...) Sans force constitutive, mais ayant une valeur purement déclarative, ils constatent simplement que la pension s'élève à tel chiffre, conformément aux statuts de la Caisse, c'est-à-dire d'après les dispositions en vigueur au moment de sa fixation. »<sup>49</sup>

Ainsi, le fonctionnaire se trouve, en principe, dans une situation juridique objective, même au regard de ses droits pécuniaires essentiels : droit au traitement, droit à la pension.

En principe, disons-nous. En effet, les règles qui se dégagent de la jurisprudence — rapport de service entièrement soumis au droit public, situation du fonctionnaire déterminée directement par la loi, absence de droit général au maintien des avantages acquis — auraient pu amener à refuser au fonctionnaire le bénéfice de tout droit acquis. Ainsi en est-il en France. Mais telle n'est pas la position prise par le Tribunal fédéral, qui, dans une jurisprudence bien établie, admet exceptionnellement l'existence de droits acquis dans la situation du fonctionnaire.

Précisons que par droits acquis nous entendons ici des droits protégés pour l'avenir contre toute atteinte de la part du législateur et s'opposant à toute modification des avantages conférés aux fonctionnaires, avant même que ces avantages soient exigibles. C'est donc dans son acception allemande, et non dans le sens qui lui est donné en France, qu'il faut comprendre ce terme. Lorsque les conditions mises par la loi à l'obtention de tel avantage sont réunies, dès l'échéance légale des traitements, pensions et indemnités diverses<sup>50</sup>, le fonctionnaire doit pouvoir prétendre au versement de ces prestations, selon les normes en vigueur à ce moment. Dès leur exigibilité, il devient en effet

<sup>46</sup> RO 67 I 188 = JT 1942 I 182.

<sup>47</sup> Arrêt non publié Ladame c. canton de Genève, SJ 1944, p. 549.

<sup>48</sup> Cf. Thilo, note au JT 1944 I 391.

<sup>49</sup> Arrêt Ladame, SJ 1944, p. 552.

<sup>50</sup> Ou après service fait, pour reprendre la terminologie française.

titulaire d'un droit de créance contre l'Etat, droit de nature subjective, soustrait à toute modification de la part de l'Etat débiteur. Les prestations échues sont des prestations acquises; le droit à ces prestations est un droit intangible. Il faut remarquer, de plus, qu'une loi ne pourrait porter atteinte à ces droits sans rétroagir, car elle tendrait à modifier des droits subjectifs, créés en conformité de la législation en vigueur antérieurement à sa promulgation. Le fonctionnaire ne se trouve donc, en principe, dans une situation statutaire qu'en ce qui concerne ses droits futurs. C'est cet aspect du problème qui va retenir plus particulièrement notre attention, car l'important, pour l'agent public, est de savoir dans quelle mesure il peut compter, pour l'avenir, sur le maintien des conditions qui lui sont offertes à sa nomination.

## Section II. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES DANS LA JURISPRUDENCE FÉDÉRALE

Engagé sur la base d'un acte administratif unilatéral, soumis à une situation légale et réglementaire, le fonctionnaire se trouve entièrement entre les mains des pouvoirs législatif et réglementaire. On ne saurait cependant en conclure qu'il soit ainsi livré à l'arbitraire de son employeur, l'Etat. En effet, si de « la nature même des choses » il résulte que le statut des fonctionnaires doit demeurer essentiellement modifiable, il en résulte également certains impératifs auxquels le législateur ne saurait se soustraire.

Pour accomplir ses multiples tâches et faire fonctionner efficacement les services publics, l'Etat a besoin d'un important personnel. Or ce personnel se compose de volontaires. A de rares exceptions près <sup>51</sup>, notre pays ne connaît pas le régime de la fonction obligatoire. L'Etat se doit donc, dans l'intérêt même de la bonne marche de l'administration publique, d'offrir à ses agents des conditions d'engagement propres à assurer un recrutement satisfaisant. Dans la mesure du possible, il doit également s'en tenir aux conditions fixées, c'est-à-dire donner à la fonction publique toute la stabilité nécessaire.

<sup>51</sup> Le droit fédéral ne connaît la fonction obligatoire que pour les jurés fédéraux (art. 4, al. 2 de la loi féd. sur la procédure pénale, du 15 juin 1934). On trouve également des exemples de cette institution dans les constitutions et certaines lois des cantons de la Suisse centrale. Il s'agit toutefois, le plus souvent, de fonctions dont l'exercice reste compatible avec celui d'une profession privée. Cf. Fleiner/Giacometti, *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 652.

Or, parfois, le législateur a si bien compris ces impératifs qu'il s'est engagé dans la loi elle-même à ne pas porter atteinte aux avantages qui y étaient fixés. Ainsi, bien que les droits des fonctionnaires, tels qu'ils sont déterminés par la loi, ne portent en eux-mêmes aucune garantie d'intangibilité, bien qu'aucun droit acquis ne naisse, en principe, de la situation statutaire faite à l'agent public, le législateur a la possibilité de garantir expressément dans leur contenu les avantages offerts aux fonctionnaires. Le droit ainsi protégé est soustrait à toute modification défavorable et, à ce titre, prend le caractère d'un droit acquis.

Par ailleurs, dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit d'assurer à l'administration publique la collaboration d'une personne particulièrement qualifiée, l'autorité de nomination peut être amenée à accorder une telle garantie, mais de portée individuelle. Le titulaire se verra ainsi mis au bénéfice d'une situation spéciale et pourra se prévaloir de droits acquis, dans la mesure où l'assurance lui aura été expressément donnée que ses droits resteraient intangibles.

De plus, il faut admettre l'existence de droits acquis issus du rapport de service dans une troisième éventualité. Il s'agit du cas où l'autorité de nomination, s'écartant sur certains points du statut légal, concède à un agent en particulier des conditions spéciales d'engagement.

Dans le paragraphe suivant, nous nous efforcerons de cerner de plus près la notion de droit acquis, telle que la jurisprudence fédérale l'applique, à propos des fonctionnaires, en examinant successivement les cas dans lesquels de tels droits sont reconnus à ces derniers.

## § 1. *Les garanties spéciales légales, créatrices de droits acquis*

### *A. — La nature des garanties spéciales.*

Il peut advenir qu'en déterminant les avantages conférés aux agents publics, le législateur déclare s'en interdire toute modification. Il adjoint alors aux prescriptions définissant les droits des fonctionnaires une disposition aux termes de laquelle ces droits ne subiront aucune modification défavorable. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral regarde de telles garanties comme un véritable engagement<sup>52</sup>, une obligation assumée par l'Etat<sup>53</sup>. Il exclut expressément leur interprétation comme un simple appel ou une recommandation au législateur

<sup>52</sup> Arrêt non publié Ladame, du 6 mars 1944, SJ 1944, p. 550.

<sup>53</sup> RO 67 I 188 = JT 1942 I 182.

futur<sup>54</sup>, mais considère que ce dernier est formellement lié. La conséquence en est que les droits des fonctionnaires accompagnés d'une garantie spéciale, donc à l'abri de toute revision de la loi, prennent le caractère de droits acquis. C'est là un principe qui fait l'objet d'une jurisprudence constante<sup>55</sup>.

Toutefois, à notre connaissance, il n'existe, dans la jurisprudence fédérale, qu'un seul cas d'espèce où, en application de ce principe, des droits acquis furent reconnus à des fonctionnaires<sup>56</sup>. Il s'agit d'un recours introduit par plusieurs agents tessinois contre un décret réduisant les pensions de retraite. Or, une disposition de la loi en vigueur garantissait les assurés contre toute diminution des montants fixés. Le Tribunal fédéral a jugé que l'Etat du Tessin se trouvait lié par cette disposition qui conférait aux fonctionnaires un véritable droit acquis à leur pension. Violant un tel droit, le décret était entaché d'inconstitutionnalité<sup>57</sup>. Les fonctionnaires recourants eurent ainsi gain de cause.

En revanche, dans des cas analogues, mais en l'absence de garanties spéciales, des recours formés par des fonctionnaires contre une diminution de leurs droits pécuniaires ne purent être admis<sup>58</sup>. La règle générale devrait s'appliquer : le fonctionnaire a droit aux seuls avantages fixés par la loi, telle qu'elle est en vigueur.

Pour que naissent des droits acquis, il faut donc que le législateur ait entendu garantir les avantages conférés aux fonctionnaires contre toute modification défavorable. Mais, pour obliger l'Etat, les garanties doivent nécessairement s'inscrire dans la loi. Ainsi, s'agissant des pensions, il se peut qu'elles soient fixées, non pas dans une loi, mais bien dans les statuts qu'établissent les organes de la Caisse, en vertu d'un pouvoir délégué par le législateur<sup>59</sup>. Une garantie contre d'éventuelles diminutions des prestations fixées, contenue dans ces statuts, n'empê-

<sup>54</sup> RO 67 I 187 = JT 1942 I 181 : « L'art. 37 (garantie spéciale) n'a de sens que si c'est une véritable garantie, une limitation que s'est donnée à lui-même le législateur. Ce n'est pas un simple appel au législateur futur de ne pas amoindrir la condition d'une certaine catégorie d'assurés. »

<sup>55</sup> RO 63 I 117, rés. au JT 1937 I 495. — 63 I 40, rés. au JT 1937 I 495. — RO 67 I 188 = JT 1942 I 183. — RO 70 I 23. — 74 I 470. — RO 77 I 144 = JT 1952 I 117. — SJ 1944, p. 550. Arrêts non publiés : *Fédération du personnel* du 18.10.1950. — *Maret*, du 13.7.1955.

<sup>56</sup> Arrêt Scacchi et consorts. RO 67 I 177 = JT 1942 I 173.

<sup>57</sup> Nous examinerons plus bas sur quelles bases le TF construit la protection constitutionnelle des droits acquis des fonctionnaires. Cf. p. 140 ss.

<sup>58</sup> RO 63 I 116 = JT 1937 II 495. — RO 70 I 10. — RO 77 I 136 = JT 1952 I 113. — Arrêts non publiés : *Fédération de personnel*, du 18.10.50; *Ladame*, du 6.3.44, SJ 1944, p. 528.

<sup>59</sup> C'est le cas notamment pour les pensions du personnel des CFF. En vertu de la loi féd. du 23.6.1944 sur les chemins de fer, c'est le conseil d'administration des CFF qui est compétent pour établir les statuts de la caisse et pour fixer les pensions.

cherait nullement le législateur de modifier la loi et de réduire les pensions. En effet, les statuts d'une caisse de pensions ne sont que les dispositions d'application de la loi dont ils dépendent et à laquelle ils doivent être constamment adaptés. En déléguant aux organes d'une caisse le pouvoir de régler, dans une certaine mesure, les rapports entre cette caisse et les assurés, le législateur ne renonce pas pour autant à intervenir, lorsque les circonstances l'exigent. Inscrite dans les statuts, une garantie de non-modification des pensions ne saurait dès lors engager le législateur et créer ainsi un droit acquis au profit des assurés <sup>60</sup>. En revanche, elle reste valable à l'encontre d'une simple revision des statuts <sup>61</sup>.

Les droits des fonctionnaires ne sont donc véritablement garantis que lorsque le législateur lui-même s'est engagé à ne pas en modifier le contenu, cet engagement créant un droit acquis.

### *B. — Les garanties spéciales et la théorie statutaire.*

La jurisprudence, nous l'avons vu, désigne le rapport de service comme un rapport de subordination entre le fonctionnaire et l'Etat. Mais si l'autorité législative tient entièrement entre ses mains la situation des fonctionnaires, elle est elle-même dominée par les exigences de l'intérêt public.

Or, en admettant l'existence de droits acquis, créés par les garanties spéciales, on tend à s'éloigner de ce principe de subordination pour donner aux droits garantis le pas sur tous les motifs d'intérêt public que pourrait invoquer l'Etat pour justifier leur modification. Par l'engagement qu'il prend vis-à-vis des fonctionnaires, le législateur fixe définitivement tel élément du rapport de service, auquel il s'interdit de toucher. Ainsi peut-on dire qu'il apporte une restriction à son pouvoir de légiférer.

Il est évidemment loisible au législateur de modifier les dispositions qu'il a édictées, même si elles sont accompagnées de garanties spéciales. Toutefois, la nouvelle réglementation ne pourra s'appliquer qu'aux agents nommés après sa promulgation, les autres restant soustraits à ses effets en vertu de leurs droits acquis. Dans ces conditions, on se rend compte qu'une telle mesure n'aboutira à un résultat sensible qu'après le renouvellement d'une partie importante du personnel administratif, c'est-à-dire après un certain laps de temps. De fait, il s'agit bien d'une

<sup>60</sup> RO 70 I 19. — RO 63 I 117. Cf. note Thilo JT 1944 I 931.

<sup>61</sup> RO 63 I 117.

auto-limitation à laquelle le législateur se résout <sup>62</sup>, dans un domaine — le droit public — où la législation devrait rester essentiellement modifiable <sup>63</sup>.

En incluant dans la loi une garantie de non-modification, le législateur est avant tout inspiré par le souci d'assurer une certaine sécurité à la situation des fonctionnaires. Est-ce à dire qu'il tend ainsi à favoriser des intérêts individuels au préjudice de ses tâches essentielles d'intérêt public ? C'est bien, au contraire, qu'il juge ce moyen propre à réaliser cette stabilité de la fonction publique sans laquelle le bon fonctionnement des services publics, partant l'intérêt général, serait compromis.

Bien que dominé entièrement par le droit public, le rapport de service présente cette particularité d'exiger, à sa création, l'accord de l'intéressé. Dans un régime qui ne connaît pas, en principe, la fonction obligatoire, il est important, puisque l'on compte sur les volontaires, d'assurer à leur position un maximum de sécurité juridique. Si le législateur introduit une garantie spéciale dans la loi, c'est qu'il juge opportun, dans l'intérêt du service public, d'assurer aux fonctionnaires l'intangibilité de certains de leurs avantages. Ainsi, l'institution des garanties légales trouve-t-elle une justification dans le cadre même des principes fondamentaux qui régissent la fonction publique.

### C. — *Les garanties spéciales dans le droit positif.*

En réalité cependant, le législateur se montre généralement très peu empressé à créer des droits acquis au profit des fonctionnaires, c'est-à-dire à se lier pour l'avenir. Si la stabilité de la fonction publique est pour lui un impératif, il se réserve toujours de s'y soumettre *de facto*, plutôt que de s'engager formellement. Car, à longue échéance, la nécessité d'une revision de la loi du service ne peut jamais être exclue.

Le droit positif n'offre donc que de très rares exemples de garanties spéciales. Parmi ceux-ci, nous mentionnerons tout d'abord la disposition tessinoise sur laquelle est fondé l'arrêt Scacchi et consorts déjà cité. Il s'agit de l'article 37 de la loi sur les pensions du personnel de l'Etat, du 24 avril 1922, qui a cette teneur :

<sup>62</sup> Dans l'arrêt *Scacchi* — RO 67 I 187 — le TF affirme que la disposition de la loi tessinoise sur les pensions aux termes de laquelle les modifications ne peuvent avoir d'effet que sur les nouveaux assurés « n'a de sens que si elle établit une limite, un lien pour le législateur ».

<sup>63</sup> « Le droit de l'Etat d'abroger une loi pour la remplacer par une nouvelle est un principe indiscuté du droit public. Aucun texte constitutionnel fédéral ou cantonal ne permet d'attribuer à une loi un caractère définitif et immuable. Le législateur peut revenir sur un acte législatif, lorsqu'il a pour cela des motifs plausibles, tirés soit de l'intérêt public, soit d'une modification des circonstances, soit d'une situation économique et fiscale différente. » Arrêt non pub. *Sté des retraités*, du 4.10.1927.

« Le modificazioni non avranno effetto retroattivo. Se vengono diminuite le prestazioni della Cassa, la diminuzione ha effetto solo per i nuovi entranti. »

Aux termes de cette disposition, les pensions fixées par la loi sont donc garanties non seulement aux fonctionnaires déjà pensionnés, mais également aux agents en fonctions, dès qu'ils sont assurés, c'est-à-dire dès leur engagement <sup>64</sup>. C'est la garantie la plus étendue du droit des fonctionnaires à leur pension, car elle assure l'intangibilité de ce droit alors même qu'il n'est qu'éventuel. Le droit à la pension ne se réalise, en effet, que lorsque certaines conditions légales (âge, années de service, invalidité) sont réunies. Auparavant, il ne peut s'agir que d'un droit sous condition suspensive, sinon d'une simple expectative. Or la disposition tessinoise va jusqu'à garantir ce droit, dans le contenu qui lui est donné par la loi au moment où l'agent entre en fonctions.

Nous n'avons trouvé d'équivalent à cette garantie que dans la seule législation soleuroise. L'article 61 des statuts de la caisse des pensions du personnel de l'Etat est en effet ainsi conçu : « Den Mitgliedern gegenüber, die im Zeitpunkte der Statutenrevision versichert sind, können nur Aenderungen getroffen werden, die keine Herabsetzung der Versicherungsleistungen der Kasse zur Folge haben. » Selon cet article, les fonctionnaires soleurois sont donc également assurés de l'intangibilité de leur droit à la pension, tel qu'il est fixé par les dispositions en vigueur au moment de leur affiliation à la caisse.

Un autre exemple de garantie spéciale se trouve dans la législation du canton de Lucerne. L'article 90 alinéa 2 des statuts de la caisse cantonale de pensions dispose en effet : « Ergibt die Untersuchung, dass das Gleichgewicht der Pensionskasse gestört ist, so sind die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Ein nicht pensioniertes Mitglied kann sich bei solchen Massnahme zur Sanierung der Pensionskasse nicht auf wohlverworbene Rechte berufen. Bereits festgesetzte Pensionen dürfen nicht gekürzt werden. »

La dernière phrase de cette disposition constitue, à n'en pas douter, une garantie spéciale liant le législateur. Elle crée un droit intangible à la pension, mais uniquement au profit des fonctionnaires déjà pensionnés. Le droit acquis se réalise ainsi, non plus dès l'affiliation à la Caisse, mais à partir de la mise à la retraite seulement. De façon expresse, cet article exclut d'ailleurs toute prétention de l'agent encore en fonctions à l'intangibilité des rentes fixées par les statuts. Cette

<sup>64</sup> Dans l'affaire Scacchi et consorts, les recourants étaient d'ailleurs bien des fonctionnaires en service.

garantie a donc une portée plus restreinte que celle dont bénéficient les fonctionnaires cantonaux du Tessin et de Soleure.

A notre connaissance, aucune autre législation ne contient de disposition similaire. Le Tribunal fédéral a vu toutefois une garantie spéciale au deuxième alinéa de la disposition suivante, article 4 du décret du Grand Conseil schaffhousois sur la caisse cantonale de pensions, du 31 août 1936 :

« Zeigt die technische Bilanz, dass das Gleichgewicht zwischen Aktiven und Passiven der Kasse erheblich gestört ist, so sind die Beiträge sowohl der Versicherten als auch des Staates bzw. der staatlichen Betriebe zu erhöhen oder es hat eine entsprechende Reduktion der Leistungen der Kasse stattzufinden, in die auch die laufenden Renten miteinbezogen werden können.

» Abänderungen der Renten und der Prämien, sowie wesentliche Abänderungen der übrigen Beiträge an die Kasse dürfen jedoch nur auf Grund eines versicherungstechnischen Gutachtens und nach vorheriger Aenderung des Dekretes vorgenommen werden. »

Saisi d'un recours contre une réduction des pensions, applicable rétroactivement à des arrérages échus, le Tribunal fédéral<sup>65</sup> jugea que cette mesure était contraire à l'alinéa 2 de la disposition précitée. Aux termes de cet alinéa, en effet, un abaissement des prestations de la Caisse ne pouvait intervenir « qu'après revision préalable du décret ». Avec cette exigence, estime le Tribunal fédéral, on a donné aux assurés la garantie expresse que, même en cas d'assainissement de la Caisse, les rentes déjà échues ne subiraient aucune réduction, c'est-à-dire que la revision n'aurait pas d'effet rétroactif. Il fallait donc bien voir dans cette disposition une garantie spéciale, liant le législateur<sup>66</sup>.

En d'autres termes, l'alinéa en question créait un droit acquis au profit des fonctionnaires pensionnés, mais en limitant ce droit aux rentes échues. Sur cette base, le Tribunal fédéral déclara la réduction inadmissible, dans la mesure où elle s'appliquait à des arrérages échus.

<sup>65</sup> RO 77 I 136 = JT 1952 I 113.

<sup>66</sup> Le Tribunal fédéral compara d'ailleurs l'état de fait de ce cas avec celui de l'affaire Scacchi (cf. *supra*, p. 73) :

« Es liegt heute ein ähnlicher Tatbestand vor, wie ihn das BG auf Beschwerde des C. Scacchi und Cons. am 27. Oktober 1941 zur beurteilen hatte. Wie damals in der Vorschrift, dass bei einer Sanierung der Pensionskasse die Kassaleistungen nur für die Neueintretenden herabgesetzt werden dürfen, eine verfassungsmässige geschützte Zusicherung des ungeschmälernten Weiterbezugs der Renten für die bisherigen Kassamitglieder erblickt wurde, so muss heute in der Vorschrift, dass eine Reduktion der Renten nur nach vorheriger Abänderung des Dekretes vorgenommen werden dürfe, die verfassungsmässige geschützte Zusicherung erblickt werden, dass die Rentenkürzung nicht schon für die Zeit vor dem Inkrafttreten des abgeänderten Dekretes verfügt werden. » RO 77 I 145.

Il nous paraît toutefois qu'une garantie spéciale ne devait pas être indispensable pour amener l'invalidation de la mesure prise par le Grand Conseil schaffhousois. C'était recourir à l'exception, alors que la règle générale était parfaitement applicable. En effet, selon les principes fondamentaux de la théorie statutaire, admise par le Tribunal fédéral, le fonctionnaire n'a droit qu'aux seuls avantages fixés par la législation en vigueur; mais il a droit à *tous* ces avantages. Tant que la loi ne subit aucune modification, il est fondé à exiger de l'Etat toutes les prestations déterminées par le législateur et correspondantes à la fonction qu'il occupe, ceci en vertu du droit fondamental de chaque citoyen à l'application des lois par l'autorité exécutive. De plus, lorsque les conditions prévues par la loi en vigueur pour le versement de ces prestations sont remplies, soit dès l'échéance légale de la rente ou du traitement, le fonctionnaire prend, à l'égard de l'Etat, la position d'un créancier en face de son débiteur, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut <sup>67</sup>. Par conséquent, une modification rétroactive de la pension ne devrait pas être admise, même en l'absence d'une garantie spéciale. Pour qu'une telle mesure soit possible, il faut au contraire que le législateur en ait expressément réservé l'éventualité. C'est d'ailleurs bien actuellement l'avis du Tribunal fédéral, qui déclare dans un arrêt très récent <sup>68</sup> :

« Ziffer 2 des Regierungsratsbeschlusses vom 6. Dezember 1954 führte mithin zu einer rückwirkenden Kürzung von Ansprüchen, die den landwirtschaftlichen Arbeitnehmern des Staates in Gesetz und Verordnungen bestimmt zugesichert waren. Das ging nicht an. Eine bestimmt zugesicherte Besoldung kann nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechtes nur dann nachträglich gekürzt werden, wenn die einschlägigen Gesetze und Verordnungen diese Möglichkeit von vornherein vorsehen. Da das solothurnische Recht einen solchen Vorbehalt nicht kennt, ist das Eingreifen des Regierungsrates, weil jeder gesetzlichen Grundlage entbehrend, als schlechthin unhaltbar und damit als willkürlich zu bezeichnen. Ziffer 2 des Regierungsratsbeschlusses vom 6. Dezember 1954 ist deshalb aufzuheben. »

Selon le Tribunal fédéral, une réduction rétroactive des avantages pécuniaires accordés aux fonctionnaires n'est donc pas admissible, si elle n'a pas fait l'objet d'une réserve expresse. Il faut donc voir à l'alinéa 2 de l'article 4 du décret schaffhousois précité une simple précision

<sup>67</sup> Cf. *supra*, p. 70 et également 46 ss.

<sup>68</sup> Arrêt de la Cour de droit public, du 20 février 1957, Fritz Rindlisbacher et consorts c. Conseil d'Etat et Grand Conseil du canton de Soleure.

à l'usage du législateur futur, et non pas une garantie spéciale, qui serait inutile en l'occurrence.

\* \* \*

En définitive, nous ne trouvons guère, dans le droit positif, que les trois exemples ci-dessus mentionnés, qui portent exclusivement sur le droit à la pension. C'est dire que l'institution ne jouit pas d'une très grande faveur; c'est dire également combien rares seront les cas où les fonctionnaires pourront, sur la base de la loi, se réclamer de droits acquis. Le principe de la situation statutaire et objective du fonctionnaire ne se trouve donc que très peu entamé par l'institution des garanties spéciales. Dans la très grande majorité des cas, les fonctionnaires restent soumis au statut légal de la fonction publique, tel qu'il est en vigueur.

Pour éviter tout malentendu, certaines lois et certains statuts de caisses de pensions ont soin de préciser ce principe. Ainsi, avons-nous vu plus haut que les statuts de la caisse de pensions du canton de Lucerne déniaient expressément aux assurés encore en fonctions tout droit acquis à la pension fixée au moment de leur affiliation à la caisse. Pour sa part, le décret schaffhousois sur les pensions prévoit la possibilité d'une diminution des rentes courantes. On trouve encore dans les statuts de la caisse de pensions et de secours du personnel des chemins de fer fédéraux, du 9 octobre 1950, la disposition suivante :

Art. 46 : « Sont réservées l'augmentation des cotisations et des contributions, ainsi que la réduction des prestations de la caisse, pour le cas où le découvert s'accroîtrait au-delà du montant où il s'élevait au moment de l'entrée en vigueur des présents statuts. »

En termes identiques, cette règle est inscrite dans les statuts de la caisse d'assurance du personnel de l'administration générale de la Confédération du 29 novembre 1950, à l'article 54, chiffre 5 *in fine*.

L'exemple d'une disposition analogue nous est également offert par l'article 5 de l'arrêté du Conseil d'Etat zurichois, du 15 mars 1948 <sup>69</sup> :

« Die in dieser Verordnung festgesetzten Besoldungen, Taggelder und Entschädigungen können auch innerhalb der Amtsdauer durch Beschlüsse des Regierungsrates bedürfen, erhöht oder herabgesetzt werden. »

De plus, selon une pratique constante, le gouvernement zurichois introduit dans chaque acte de nomination d'un fonctionnaire la clause suivante :

<sup>69</sup> Verordnung über die Amtsstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege, vom 15. März 1948.

« Die Festsetzung der Besoldung und der übrigen Anstellungsbedingungen erfolgt unter dem Vorbehalt, dass die Dienst- und Besoldungsverhältnisse durch Revision der Gesetze, Verordnungen und Reglemente, auf denen sie im Zeitpunkt der Wahl beruhen, mit sofortiger Wirkung im Verlaufe der Amtsdauer abgeändert werden können. »

De telles dispositions ont le mérite d'éclairer le fonctionnaire sur sa situation juridique réelle à l'égard de l'Etat, alors que, trop souvent, le silence de la loi contribue à entretenir, auprès des agents publics, certaines illusions assez répandues sur la nature de leurs droits.

## § 2. *Les garanties spéciales individuelles, créatrices de droits acquis*

Les garanties spéciales, créatrices de droits acquis au profit des fonctionnaires, peuvent se présenter sous un second aspect : celui de garanties accordées à titre individuel à un agent particulier. « De telles obligations, dit le Tribunal fédéral, qui ont pour corrélatif le droit acquis à une prestation pécuniaire d'un chiffre donné peuvent aussi être assumées à l'égard d'un fonctionnaire particulier et constituer une clause de son acte de nomination » <sup>70</sup>.

Il ne s'agit donc plus d'un engagement général, pris par le législateur à l'égard du personnel administratif dans son ensemble, mais bien d'une décision particulière de l'autorité, qui s'inscrit dans l'acte de nomination d'un fonctionnaire. Par l'effet de cette décision, l'agent public va donc se trouver dans une situation juridique spéciale, en ce qui concerne ses droits garantis. En principe, on ne reconnaît à l'acte de nomination qu'un effet attributif, celui de soumettre tel individu au statut de droit objectif établi pour la fonction publique. Or, avec une garantie individuelle, l'acte de nomination devient créateur d'un droit acquis. Il fixe de façon définitive certains éléments du rapport de service, ainsi soustraits à toute modification ultérieure de la loi. L'effet de la garantie individuelle est identique à celui de la garantie générale et légale : elle assure l'intangibilité du droit qu'elle concerne, en lui donnant la qualité du droit acquis.

Comme les garanties légales, les garanties individuelles interviennent donc comme des exceptions au principe de la situation statutaire du

<sup>70</sup> Arrêt Ladame, du 6 mars 1944, SJ 1944, p. 550. — Dans le même sens : RO 70 I 23 : « Bestimmte Zusicherungen, die wohlerworbene Rechte hinsichtlich des Betrages finanzieller Leistungen begründen können auch individuell abgegeben sein mit einem einzelnen Anstellungsverhältnis verbunden sein. »

fonctionnaire, posé par le Tribunal fédéral. Dans le cadre d'une stricte application de ce principe, on ne saurait admettre, en effet, la validité de tels engagements<sup>71</sup>. La loi et les règlements en vigueur sont censés régler de façon exhaustive le *status* des agents de l'Etat; ils doivent s'imposer, par conséquent, aussi bien à l'autorité qu'aux fonctionnaires. Il ne devrait donc pas être possible d'y déroger pour accorder une situation spéciale à un agent en particulier.

La théorie de la situation statutaire du fonctionnaire présenterait toutefois une excessive rigueur, si elle devait être mise en pratique sans tempérament aucun et, comme la plupart des théories juridiques d'ailleurs, elle ne saurait faire l'objet d'une application absolue<sup>72</sup>.

#### *A. — Justification des conditions spéciales individuelles.*

Il n'est pas possible, en effet, de régler de façon générale et impersonnelle la situation de tous les fonctionnaires, sans négliger de nombreux cas particuliers auxquels l'administration peut être amenée à faire face et qu'un statut général ne saurait toujours prévoir.

En raison de la formation et des connaissances spéciales qu'exigent certains postes administratifs, l'Etat peut éprouver des difficultés à les pourvoir de titulaires compétents. S'il veut alors s'assurer les services des meilleurs spécialistes, il doit être en mesure de soutenir la concurrence du secteur privé, capable d'offrir à ces derniers de substantiels avantages. C'est pourquoi, dans des cas spéciaux, il est indispensable de reconnaître à l'autorité de nomination une certaine latitude de s'écarter des conditions générales statutaires et de tenir compte des exigences particulières que telle personne, particulièrement qualifiée, peut être en droit de formuler.

Ainsi, pour réaliser l'indispensable souplesse de la loi du service, il faut admettre des exceptions au principe du régime strictement statutaire de la fonction publique. Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, l'autorité de nomination doit pouvoir offrir des conditions spéciales d'engagement à un fonctionnaire en particulier.

#### *B. — Exigence d'une garantie expresse pour réaliser le droit acquis.*

Lorsqu'un fonctionnaire bénéficie d'une garantie individuelle, il se trouve dans une position favorisée par rapport à la généralité des

<sup>71</sup> Cf. Burekhardt, ZBJV 1928, p. 68.

<sup>72</sup> On a vu ainsi en France que la rigueur de la théorie statutaire était atténuée par l'institution des fonctionnaires contractuels.

agents publics. Il peut en effet exciper d'un droit acquis contre toute atteinte portée à l'avantage ainsi protégé. Mais, pour que le droit acquis soit réalisé, le Tribunal fédéral pose, semble-t-il, l'exigence d'une garantie expresse. Ainsi, de telles garanties sont mentionnées dans l'arrêt *Ladame*<sup>73</sup> comme des « clauses de l'acte de nomination » et dans l'arrêt *Eicher*<sup>74</sup> comme des « *bestimmte Zusicherungen* », c'est-à-dire des garanties explicites. En outre, ces deux arrêts précisent que le principe de l'inviolabilité de la propriété ne saurait être invoqué en l'absence d'une garantie spéciale. Or, c'est sur cette règle constitutionnelle que le Tribunal fédéral se fonde principalement pour assurer la protection juridique des droits acquis<sup>75</sup>.

Selon la jurisprudence fédérale, on doit donc admettre qu'à défaut d'une clause de garantie formellement stipulée, le fonctionnaire reste soumis à la législation en vigueur, sans pouvoir prétendre à l'intangibilité des avantages obtenus. Le droit acquis se manifeste, nous l'avons remarqué, comme une exception au principe général de la situation statutaire du fonctionnaire. Dans ces conditions, on conçoit que cette exception ne puisse se réaliser qu'avec une garantie expresse.

Le traitement de faveur dont jouit le fonctionnaire au bénéfice d'une garantie individuelle consiste donc dans la nature de son droit et dans la protection spéciale qui y est attachée. Cependant, lorsque des circonstances spéciales justifient l'octroi d'une situation particulière à tel fonctionnaire, ce sont le plus souvent des avantages exceptionnels, sortant du cadre normal établi par le législateur, qui lui seront consentis. Les conditions accordées, en pareil cas, peuvent donc être spéciales, non seulement par la nature du droit compétant au fonctionnaire, mais également par le contenu de ce droit. Or, du fait de l'exigence d'une garantie expresse, tout droit à un avantage spécial ne constitue pas un droit acquis. Ces deux éventualités ne se recouvrent pas toujours. Il faut donc distinguer selon que la situation particulière consentie à tel agent porte sur la nature ou sur le contenu de ses droits.

### § 3. *Le droit acquis et le droit à des avantages spéciaux*

On peut concevoir qu'un acte de nomination ne contienne que la garantie de non-modification et qu'il se réfère purement et simplement

<sup>73</sup> SJ 1944, p. 550.

<sup>74</sup> RO 70 I 23. — Dans le même sens : arrêt non publié du 13.7.1955 *Maret c. commune de Bienne*.

<sup>75</sup> Cf. *infra*, section IV du présent chapitre.

à la loi en vigueur au moment de l'engagement pour la détermination du contenu des avantages garantis. Par ce procédé, l'Etat s'engage à maintenir intacts, au profit d'un fonctionnaire en particulier, les avantages attribués, d'une façon générale, à ses agents par la loi. Qu'intervienne une modification de cette loi, le fonctionnaire au bénéfice d'une garantie individuelle pourra se prévaloir d'un droit acquis, lui assurant l'intangibilité de ses avantages. Ce fonctionnaire jouira donc d'une position favorisée, puisque soustraite, à certains égards, aux modifications du statut général de la fonction publique. Cependant, tant qu'une revision de la loi n'interviendra pas pour modifier l'élément du rapport de service qui lui est garanti, ses prétentions ne se distingueront pas de celles de la généralité des agents publics et seront fondées sur les dispositions légales communes.

Toutefois, lorsque l'on parle d'avantages exceptionnels accordés à certains fonctionnaires, il s'agit le plus souvent d'avantages sortant des normes générales posées par la législation en vigueur. Dans cette éventualité, l'agent public va bénéficier d'une situation privilégiée dès son entrée en fonctions. La question se pose alors de la nature juridique du droit à ces avantages spéciaux immédiats. En effet, on peut se demander si, du fait des particularités de l'engagement, les principes de la théorie statutaire du rapport de service restent applicables comme règles générales, et si, par conséquent, seule l'existence d'une garantie expresse peut assurer l'intangibilité de ces avantages.

Par la promesse d'avantages spéciaux, l'autorité manifeste son désir de s'attacher les services de telle personne particulièrement qualifiée pour occuper un poste administratif difficile à pourvoir, en raison de sa technicité ou des responsabilités qu'il comporte. Le fonctionnaire engagé ainsi *intuitu personnae* et mis au bénéfice de conditions spéciales sera souvent tenté de voir un élément contractuel dans sa nomination, puisqu'aussi bien certaines conditions d'engagement ont fait l'objet d'une discussion avec l'autorité et se présentent comme un compromis entre son intérêt personnel et celui de l'administration à s'assurer sa collaboration. Indépendamment donc de toute garantie expresse, par le seul fait que des conditions exceptionnelles lui ont été consenties, qui ont pu le déterminer à accepter sa nomination, ne pourra-t-il prétendre à l'intangibilité de ses avantages ?

Pour déterminer la nature du droit à un avantage spécial, une distinction s'impose toutefois selon que cet avantage est conféré sur la base ou, au contraire, en l'absence d'une disposition légale le prévoyant expressément.

#### *A. — Le droit aux avantages spéciaux prévus par la loi.*

Nous l'avons précédemment remarqué, le caractère général et abstrait du statut légal de la fonction publique ne permet pas toujours à l'autorité de faire face à toutes les exigences du service public. Or, très souvent, le législateur a compris cette nécessité d'une certaine souplesse dans la loi du service et prévu, dans ce sens, des dispositions spéciales, applicables dans les cas exceptionnels et permettant à l'autorité de nomination de s'écarter, le cas échéant, des normes communes fixées par le statut.

Nous examinerons successivement les exemples les plus courants de ces dispositions particulières.

##### *a) la majoration du traitement*

Dans la plupart de ces cas exceptionnels que nous traitons, l'avantage spécial accordé à certains fonctionnaires va consister tout naturellement dans un traitement majoré. On sait en effet que, de façon générale, les traitements des agents publics sont inférieurs aux salaires offerts dans le secteur privé. Cette différence est particulièrement sensible aux échelons supérieurs des emplois publics et privés. Pour attirer au service public certains spécialistes dont la collaboration lui est indispensable, l'administration devra donc s'efforcer de leur offrir une rémunération en rapport avec leur formation. C'est ainsi l'intérêt bien compris de l'Etat de donner expressément à l'autorité de nomination la possibilité de s'écarter exceptionnellement de l'échelle normale des traitements. Dans cette perspective, le législateur a souvent prévu l'institution de traitements majorés, lorsque des circonstances spéciales le justifient.

C'est ainsi que l'article 37, alinéa 2, de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927 / 24 juin 1949, dispose :

« Exceptionnellement, afin de s'assurer la collaboration de personnes tout particulièrement qualifiées ou les retenir au service de la Confédération, l'autorité qui nomme peut accorder, moyennant l'assentiment du Conseil fédéral, des traitements dépassant de vingt pour cent au plus les maximums fixés au premier alinéa. »

Une disposition analogue est inscrite à l'article 51 de la loi vaudoise sur le statut général des fonctions publiques cantonales, du 9 juin 1947, en ces termes :

« Dans des cas exceptionnels et afin de s'assurer la collaboration de personnes particulièrement qualifiées, le Conseil d'Etat peut allouer

des traitements dépassant de vingt pour cent au plus les maxima fixés à l'article 49, » <sup>76</sup>

Parallèlement à l'échelle normale des traitements, une telle disposition instaure une échelle spéciale de traitements majorés. Lorsqu'elle estime réunies les conditions fixées par la loi, l'autorité de nomination applique cette marge. Mais elle ne fait alors qu'attribuer à tel fonctionnaire un avantage prévu de façon impersonnelle par le législateur, bien que réservé à des cas exceptionnels. Comme le droit au traitement ordinaire, le droit au traitement majoré va trouver sa source directement dans la loi, puisqu'il y est expressément prévu, et cela au même titre que les droits ordinaires conférés aux fonctionnaires. L'acte de nomination ne fera que déclarer applicable la marge spéciale. Il gardera ainsi son effet normal, qui est simplement attributif. On peut remarquer en outre que la majoration autorisée s'exprime toujours en pour-cent des maxima ordinaires. Si ces maxima viennent à subir des modifications, les traitements majorés devront donc normalement être adaptés.

Mis au bénéfice d'une disposition spéciale de la loi instaurant un traitement majoré, le fonctionnaire ne peut ainsi aucunement prétendre *ipso facto* à une situation juridique distincte de celles des autres agents publics, quant à son droit au traitement. Il reste, en principe, dans une situation juridique statutaire et objective. Pas davantage que l'agent engagé selon les normes communes, il n'est assuré de l'intangibilité de son traitement dans le cas d'une revision de la loi. Le seul fait de l'application d'une norme exceptionnelle ne suffit donc pas pour admettre l'existence d'un droit acquis au traitement.

Lorsque la majoration est concédée, le fonctionnaire se trouve dans une classe de traitements légale, bien que spéciale, puisqu'elle fait partie de l'échelle exceptionnelle établie par la loi — cette majoration peut en effet intervenir à tous les échelons, pour chaque classe de fonctionnaires. Il a alors droit à son traitement majoré au même titre que tout agent a droit au montant correspondant à la classe de sa fonction. Par conséquent, indépendamment d'une revision de la loi, la majoration ne peut être modifiée ou supprimée que dans les cas légaux de diminution des traitements : maladie prolongée, service militaire d'avancement, congé, sanctions disciplinaires, etc. L'autorité encourrait en effet le reproche d'arbitraire, si, en dehors de toute base légale, elle portait atteinte au traitement fixé. Il s'agit d'ailleurs là d'une exigence

<sup>76</sup> On trouve des dispositions similaires, notamment à l'art. 13, al. 3 du décret bernois du 13.2.1956 sur les traitements des membres des autorités et du personnel de l'Etat (marge autorisée : 25 %) et à l'art. 51 de l'ordonnance zurichoise du 15.3.1948 (marge autorisée : 20 %).

de la sécurité du droit, car, sauf modification de la loi, le fonctionnaire doit pouvoir compter sur le traitement qui lui est offert à sa nomination. Un simple changement de point de vue de la part de l'autorité ne saurait justifier la privation d'un avantage qui a pu être décisif pour l'agent, au moment d'entrer au service de l'administration publique.

Il faut donc admettre que le droit au traitement majoré est de même nature que le droit au traitement ordinaire. Par conséquent, dans le cas d'un relèvement de l'échelle normale des rémunérations, les traitements spéciaux devront bénéficier d'une augmentation proportionnelle. Il en résulterait autrement une diminution, voire une suppression injustifiée de la majoration. D'ailleurs, si un traitement majoré doit être abaissé en même temps que les traitements ordinaires, il est logique et équitable qu'il soit également adapté, lorsque la modification intervient dans le sens d'un relèvement.

Il n'en serait pas de même, si nous étions en présence d'un droit créé directement par l'acte de nomination et non fondé immédiatement sur la loi. Un tel droit aurait alors le caractère d'un droit public subjectif, droit dont l'existence est indépendante de la législation en vigueur. Le fonctionnaire bénéficierait donc d'un droit invariable au montant de son traitement, mais à ce montant seul. En revanche, il ne pourrait émettre aucune prétention à profiter d'une augmentation des traitements statutaires.

Ainsi donc, lorsqu'un traitement majoré est consenti à un fonctionnaire, sur la base d'une disposition légale prévue pour les cas exceptionnels, le principe de la situation juridique statutaire et objective des fonctionnaires continue logiquement à trouver application. En l'absence d'une garantie expresse de non-modification, le droit au traitement majoré ne constitue donc pas un droit acquis. Dans le cadre des exigences de l'article 4 CF, le législateur pourrait prononcer l'abrogation des marges exceptionnelles, sans que les agents touchés par cette mesure soient fondés à réclamer le maintien de leur situation acquise.

b) le traitement des fonctionnaires qui ne doivent qu'une partie de leur temps à leurs fonctions

Par une disposition qui lui est particulière, la loi vaudoise sur le statut général des fonctions publiques cantonales dispose à son article 47, alinéas 1 et 2 :

« Les fonctionnaires qui, en vertu de la loi ou de l'acte de nomination, ne doivent qu'une partie de leur temps à leurs fonctions reçoivent une part du traitement auquel ils auraient droit s'ils consacraient tout leur temps à l'Etat.

» Le Conseil d'Etat détermine cette part par dispositions générales ou décisions d'espèce, après consultation du Tribunal cantonal pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire. »

Aucun barème n'est donc prévu par la loi pour déterminer la part de traitement due au fonctionnaire employé à temps réduit. On peut admettre qu'en règle générale cette part doit se définir au prorata du temps que l'agent consacre à sa fonction. Mais le Conseil d'Etat, qui est expressément autorisé à prendre des décisions d'espèce, a la possibilité d'allouer un traitement dépassant cette norme, dans le but d'accorder un avantage spécial à un fonctionnaire. Cependant, même si le montant concédé est fixé nominalelement dans l'acte de nomination, il n'en reste pas moins que ce sera toujours de « la part du traitement auquel le fonctionnaire aurait droit s'il consacrait tout son temps à l'Etat ». Il ne peut donc s'agir que du traitement normal diminué. Par conséquent, le droit à ce traitement ne sera pas différent du droit de chaque fonctionnaire à sa rémunération. Là encore, on se trouve en présence d'un droit de nature statutaire.

Le législateur pourrait, par une modification de la loi, déterminer lui-même le mode de calcul de cette part de traitement. Sauf réserve expresse, cette nouvelle réglementation deviendrait alors immédiatement applicable à tous les cas déjà réglés par le Conseil d'Etat, sans que les intéressés puissent exciper d'un droit acquis.

### c) l'autorisation d'exercer une occupation accessoire

En règle générale, le fonctionnaire se doit tout entier à ses fonctions. C'est un principe essentiel de la notion de fonction publique, telle qu'elle est admise de nos jours. Il en découle que l'agent public ne saurait normalement exercer une occupation accessoirement à ses fonctions.

Cette règle est exprimée sous une forme plus ou moins stricte dans la plupart des lois sur le statut de la fonction publique<sup>77</sup>. Mais elle souffre cependant quelques exceptions. Le plus souvent en effet, le législateur accorde à l'autorité de nomination le pouvoir d'autoriser exceptionnellement un fonctionnaire, soit à exercer une activité privée, soit à remplir une charge publique hors de ses fonctions<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> L'art. 21, 1<sup>er</sup> al., de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires dispose ainsi : « Le fonctionnaire est tenu à un service exclusivement personnel. Il doit tout son travail à sa fonction. » — Dans le même sens, notamment : lois vaudoise (art. 19), genevoise (art. 10), zurichoise (art. 14), bernoise (art. 11).

<sup>78</sup> Il est à noter qu'en ce qui concerne les occupations accessoires, la loi vaudoise (art. 19) connaît la règle inverse, c'est-à-dire que le fonctionnaire peut exercer une activité accessoire, mais que cette activité doit être interdite par le

Or, on conçoit que cette autorisation puisse être d'un intérêt non négligeable pour l'agent qui en bénéficie. La possibilité de conserver une activité lucrative, parallèlement à la fonction, aura parfois une importance décisive au moment d'entrer au service de l'Etat. Pourtant, là également, il s'agit d'un avantage immédiatement dépendant de la législation en vigueur et le fonctionnaire ne saurait prétendre à un droit acquis à l'exercice d'une occupation accessoire ou d'une charge publique<sup>79</sup>. On est en présence d'une simple tolérance, admise par le législateur, dans les cas où l'activité hors service n'est pas de nature à nuire à la fonction. C'est en effet la condition essentielle qui permet d'accorder une telle autorisation. Mais rien n'empêche l'autorité de revenir sur sa décision lorsqu'elle constate que cette condition n'est plus remplie. Rien n'empêche surtout le législateur de limiter, voire de supprimer la possibilité d'autoriser certaines occupations accessoires. Les intéressés ne pourront, en aucune façon, fonder sur la législation ancienne une prétention à conserver leur activité privée.

L'exemple d'une telle mesure nous est donné, notamment par la législation genevoise. En effet, le statut genevois des fonctionnaires, établi par un arrêté du Conseil d'Etat du 6 juillet 1928, soumettait l'exercice d'une profession accessoire rémunérée à l'autorisation du Conseil d'Etat. Or, à la suite de réclamations, le gouvernement genevois édicta la mesure suivante, par arrêté du 18 janvier 1952 : « Les fonctionnaires qui exercent accessoirement une profession lucrative ou effectuent des travaux rémunérés pour des particuliers en dehors de leur activité administrative sont invités à y mettre fin, dès l'échéance du mois de février 1952. » Cet arrêté équivalait à la suppression générale des autorisations accordées jusqu'alors. Aucun droit acquis ne pouvait valablement lui être opposé.

\* \* \*

Les lois sur le statut des fonctions publiques comportent donc souvent des dispositions spéciales, applicables exceptionnellement. Toutefois, lorsqu'un fonctionnaire bénéficie d'un avantage particulier, par

Conseil d'Etat lorsqu'elle se révèle incompatible avec la fonction publique. Théoriquement, ce système ne présente pas une différence très sensible, si l'on admet qu'il y a autorisation tacite, tant que l'interdiction n'est pas prononcée.

<sup>79</sup> Le règlement lausannois pour le personnel de l'administration communale contient à ce sujet une disposition qui a le mérite de prévenir toute contestation :

Art. 81 : « Dans le cas où les dispositions du présent règlement concernant les occupations accessoire des fonctionnaires, le travail de la femme mariée dans l'administration et les occupations de l'épouse d'un fonctionnaire seraient abrogées ou modifiées dans un sens restrictif, les fonctionnaires ne pourront pas invoquer le bénéfice de droits acquis. »

le jeu d'une telle disposition, il n'en découle pas *ipso facto* qu'il puisse prétendre, au regard de cet avantage, à une situation juridique différente de celles des agents soumis aux règles communes. Que la disposition soit d'une application générale ou exceptionnelle, il s'agit toujours de l'application d'une norme de droit objectif, norme qui reste essentiellement modifiable. Le droit aux avantages spéciaux fondés sur la loi est donc d'une nature juridique identique à celle des droits communs conférés aux fonctionnaires : c'est un droit statutaire et non un droit acquis, qui dépend donc, pour son existence et son contenu, du maintien de la législation en vigueur.

Pour assurer l'intangibilité de ses droits, il reste au fonctionnaire la possibilité de demander l'insertion d'une garantie spéciale individuelle dans son acte de nomination. Ainsi sera-t-il en mesure de se prévaloir d'un droit acquis à l'encontre de toute atteinte à ses avantages. Mais, selon les principes tirés de la jurisprudence fédérale, cette garantie, indispensable à la réalisation du droit acquis, sera nécessairement expresse.

#### *B. — Le droit aux avantages spéciaux hors statut.*

Lorsqu'un avantage, même exceptionnel, est accordé à un fonctionnaire en application d'une disposition légale, il reste dépendant du maintien de cette disposition, à défaut d'une garantie spéciale, légale ou individuelle, créatrice d'un droit intangible. Mais qu'en est-il alors d'un avantage que l'autorité concéderait à un agent en dehors du statut légal ?

Toutefois, une autre question se pose immédiatement : l'autorité a-t-elle le pouvoir de conférer des avantages spéciaux par acte individuel ?

En établissant le statut de la fonction publique, le législateur entend certainement régler de façon exhaustive le contenu du rapport de droit liant les agents publics à l'État. Un tel statut n'atteindrait pas son but, qui est de simplifier et d'uniformiser la loi du service, si l'autorité pouvait s'en écarter chaque fois qu'elle le désire. Cependant, comme nous l'avons précédemment remarqué, le système du statut, établi *in abstracto*, présente inmanquablement une certaine rigidité. Le législateur peut n'avoir pas prévu toutes les éventualités qui se présenteront à l'autorité dans le recrutement du personnel administratif. Souvent, il instituera des règles spéciales, destinées à assouplir les dispositions communes. Mais, en l'absence de telles règles, l'esprit de système devra-t-il l'emporter sur les nécessités pratiques, au mépris de l'intérêt du service public, qui est celui de la collectivité tout entière ? Nous

pensons, au contraire, que l'autorité peut se trouver devant des impératifs qui justifieront une solution particulière, dans un cas donné. Il ne faut pas oublier, en effet, que la fonction publique est organisée sous le régime du volontariat. L'administration publique est donc tributaire de la loi de l'offre et de la demande sur le marché du travail. Selon la conjoncture économique, il peut advenir que l'Etat éprouve les plus grandes difficultés à repourvoir certains postes, exigeant de leur titulaire de hautes compétences. Face à une éventuelle carence de la loi, l'autorité pourra se voir contrainte de déterminer hors statut certains éléments de la situation d'un fonctionnaire en particulier<sup>80</sup>. Cette éventualité sera restreinte toutefois dans la mesure où le législateur aura établi un statut général pourvu d'une souplesse suffisante, par l'effet de dispositions spéciales du type de celles que nous avons examinées plus haut<sup>81</sup>.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer expressément sur la validité de tels accords particuliers. Toutefois, en sanctionnant l'institution des garanties spéciales individuelles, par lesquelles l'autorité peut soustraire au pouvoir du législateur certains droits conférés aux fonctionnaires, il admet le principe de l'exception individuelle au régime établi par le statut légal. De plus, à deux reprises, mais incidemment il est vrai, le Tribunal fédéral a reconnu comme nécessaires et valables les conventions passées à l'occasion de l'engagement d'un fonctionnaire :

« Chargée d'appliquer les lois, l'administration n'a pas, en principe, le pouvoir d'ériger par sa pratique des normes venant prendre place à côté de celles que le législateur établit selon une procédure déterminée. Des dérogations ne sauraient être admises qu'à titre exceptionnel, pour satisfaire, en présence d'une lacune de la loi, à une impérieuse exigence de l'équité. » (RO 73 I 346)

« Ob ein dem Beamten eingeräumtes Recht bedingt ist, ist daher — jedenfalls in der Regel — nicht eine Frage der Vertragsauslegung, sondern eine solche der Gesetzesauslegung. Eine Ausnahme ist höchstens für den Fall zu machen, dass bei der Beamtenernennung eine Verein-

<sup>80</sup> Par une disposition originale, le statut des fonctionnaires genevois (arrêté du 6.7.1928) prévoit à son art. 20 : « Les traitements du personnel sont d'une façon générale déterminée par la loi. Dans les cas non prévus par celle-ci, le Conseil d'Etat fixe leur montant. »

<sup>81</sup> Dans les cas où la loi prévoit une marge pour la majoration des traitements, cette marge est présentée très généralement comme une limite que l'autorité ne saurait franchir. Par exemple, l'art. 51 du statut vaudois indique : « ... le Conseil d'Etat peut allouer des traitements dépassant de 20 % au plus les maxima fixés à l'art. 49. »

barung getroffen wird, bei der es sich nicht um die Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung handelt.» (RO 66 I 313.)

Le Tribunal fédéral admet donc qu'un accord particulier peut intervenir en dehors des dispositions statutaires, à propos de la nomination d'un fonctionnaire. Dans la seconde citation, on remarquera qu'il s'agit bien de la nomination d'un fonctionnaire proprement dit (*Beamtenernennung*), ce qui exclut l'hypothèse d'un engagement par contrat de droit privé. En effet, si la loi donne parfois à l'autorité la possibilité d'engager exceptionnellement par contrat civil certains agents, ces derniers n'ont jamais la qualité de fonctionnaires. Car, à la notion de fonctionnaire reste attachée l'idée d'un rapport de droit public<sup>82</sup>.

De ces considérations, il est permis de déduire que le Tribunal fédéral n'est pas hostile au principe même des avantages spéciaux hors statut, qui peuvent répondre par ailleurs à d'impérieuses nécessités pratiques. Il nous paraît dès lors justifié d'examiner la nature juridique du droit à un semblable avantage.

Dans le cas d'un avantage spécial accordé hors statut, l'acte de nomination ne va pas se borner à déclarer applicable à un individu un statut légal préétabli. Son effet ne sera plus uniquement attributif. Car le droit à un tel avantage ne naît pas de la loi, d'une norme générale et impersonnelle, mais bien de l'acte de nomination lui-même, dont l'effet, à cet égard, devient donc créateur. Ainsi engagé, le fonctionnaire va se trouver normalement soumis au statut général. Mais il bénéficiera en outre de certains droits issus directement de l'acte de nomination. Sa situation juridique n'est donc qu'en partie statutaire. Pour le reste, elle repose sur un acte juridique individuel. Les droits spéciaux inscrits et définis dans l'acte de nomination se manifestent comme le compromis entre l'intérêt personnel du fonctionnaire et l'intérêt de l'Etat. Ils ne sont pas conférés par un statut impersonnel établi par le législateur, mais bien par l'accord intervenu au moment de la nomination. Et c'est cet accord qui doit faire la loi entre les parties.

<sup>82</sup> A titre d'exemple, nous citerons l'art. 5, al. 2, de la loi vaudoise sur le statut des fonctions publiques cantonales : « Lorsqu'il juge utile à la bonne marche de l'administration, le Conseil d'Etat (...) peut engager par contrat de droit civil une personne chargée d'une fonction permanente. Après quatre ans d'engagement par contrat de droit privé, et sous réserve des cas exceptionnels, l'autorité procède à la nomination comme fonctionnaire ou bien résilie l'engagement de droit privé. »

On remarquera qu'en autorisant la prolongation du délai de quatre ans dans les cas exceptionnels, la loi vaudoise permet à l'autorité de nomination de faire face, au moyen de l'engagement de droit privé, à toutes les circonstances imprévues qui peuvent justifier la non-application des normes statutaires. La question que nous traitons paraît donc trouver là, pour le canton de Vaud, une solution particulière. Elle reste entière toutefois dans les cas où une telle disposition n'a pas été prévue.

En dérogation aux principes issus de la théorie statutaire du rapport de service et régissant la situation juridique des fonctionnaires, il faut ainsi reconnaître dans ce cas qu'un élément contractuel intervient dans le lien juridique qui unit l'agent public à l'Etat. L'arrêt précité marque bien la différence qui sépare les droits directement issus de la loi et les droits spéciaux, créés hors statut par une convention particulière <sup>83</sup>. Le Tribunal fédéral admet le caractère contractuel de ces droits, puisqu'il affirme que leur contenu doit s'apprécier par l'interprétation du contrat.

Exceptionnellement, le rapport de service va donc présenter une nature juridique hybride, en partie statutaire, en partie contractuelle. Pour le fonctionnaire, certains droits découlent directement de la loi en vigueur; d'autres, en revanche, créés indépendamment du statut légal, trouveront leur seul fondement dans l'acte de nomination. Droits de caractère contractuel, leur intangibilité ne va pas dépendre, par conséquent, d'une garantie expresse de non-modification, mais bien de leur nature propre. Seule l'interprétation des clauses contractuelles permettra, le cas échéant, de justifier une atteinte à ces droits par une mesure unilatérale de l'Etat. L'autorité peut parfaitement en effet les grever de conditions et se réserver de les modifier. Mais, en l'absence de toute réserve ou condition formelle <sup>84</sup>, le fonctionnaire garde un droit intangible aux avantages qui lui sont ainsi conférés <sup>85</sup>.

On est donc ici en présence d'un droit acquis résultant, non pas d'une garantie spéciale, mais de l'élément contractuel contenu dans l'acte de nomination. L'Etat n'est donc pas fondé à y porter atteinte sans l'accord de l'intéressé. S'agissant d'un traitement fixé hors statut, par exemple, le montant accordé prendra un caractère définitif. Dès lors, une diminution générale des traitements statutaires n'aura aucune incidence sur la situation du fonctionnaire qui en bénéficie. En revanche, ce dernier ne saurait exiger davantage que ce montant : dans le cas d'un relèvement de la rémunération légale des agents publics, il ne pourra émettre aucune prétention juridique à y participer. Son droit au traitement reste indépendant de la législation en vigueur.

<sup>83</sup> Cette différence est spécialement mise en relief par Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig 1920, p. 107, auquel le Tribunal fédéral se réfère dans l'arrêt en question.

<sup>84</sup> Tout au plus, pourrait-on admettre une réserve implicite, si elle résultait des faits de façon absolument incontestable.

<sup>85</sup> « Die Festsetzungen, die in der Anstellungsverfügung getroffen worden sind, sollen indessen grundsätzlich während der Dauer des Dienstverhältnisses nicht zu Ungunsten des Bediensteten geändert werden. » Imhof, *Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis*, ZSR 1929, p. 277 a.

Enfin, il faut préciser que si l'engagement d'un fonctionnaire peut se réaliser partiellement sur une base contractuelle, le rapport de service n'en est pas moins dominé tout entier par le droit public. Car le fait que l'acte de nomination contient un élément contractuel n'empêche pas l'application du principe selon lequel la situation des fonctionnaires dépend du droit public. Bien qu'une partie de ses droits soient déterminés par contrat, l'agent conserve la qualité de fonctionnaire, qui entraîne sa soumission au statut légal de la fonction publique. Nous avons d'ailleurs remarqué, plus haut, le double caractère de l'acte de nomination, dans un tel cas.

L'éventualité que nous traitons doit donc se distinguer de l'engagement d'un agent de l'Etat par contrat civil<sup>86</sup>. Même si la fonction attribuée trouve sa place dans les cadres permanents de l'administration, cet agent n'a pas qualité de fonctionnaire. C'est le contrat qui règle entièrement sa situation à l'égard de l'Etat, alors même que certains points peuvent être fixés par simple référence au statut général. D'ailleurs, pour que les dispositions de droit civil sur le contrat de travail soient applicables à un agent de l'Etat, l'acte d'engagement doit nécessairement indiquer le caractère civil de l'engagement, puisqu'il s'agit alors d'une dérogation à l'article 362 CO, dérogation qui ne saurait se présumer<sup>87</sup>.

\* \* \*

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, la théorie de la situation statutaire du fonctionnaire trouve une application particulièrement rigoureuse en France. Néanmoins, tant la doctrine que la jurisprudence ont été amenées à admettre l'existence d'une catégorie exceptionnelle d'agents publics, les fonctionnaires contractuels, dont la situation repose partiellement sur un contrat de droit public. Cette catégorie vient s'intercaler entre celle des fonctionnaires proprement dits, dont la situation est entièrement légale et réglementaire, et celle des employés publics recrutés par contrat de droit privé. L'exception aux principes généraux régissant la fonction publique que constitue l'institution des fonctionnaires contractuels est ainsi bien marquée.

En Suisse, en revanche, nous pouvons le constater, le départ entre

<sup>86</sup> Cf. *supra*, p. 91 et note 82.

<sup>87</sup> Cette règle est posée de la façon la plus explicite à l'art. 1<sup>er</sup>, al. 2, du décret bernois sur les rapports de service des membres des autorités et du personnel administratif de l'Etat, ainsi conçu : « Le rapport de service est réputé de droit public lorsque l'engagement de l'intéressé ne repose pas expressément sur un contrat de droit civil. »

les différentes catégories de serviteurs de l'Etat est beaucoup moins sensible. Si, à notre sens, l'existence de fonctionnaires contractuels doit être admise, ces agents ne sont pas les seuls à bénéficier de droits intangibles, c'est-à-dire de droits acquis. Selon la jurisprudence très ferme du Tribunal fédéral, le droit acquis se réalise également, en l'absence de tout élément contractuel dans l'acte d'engagement, par l'effet des garanties spéciales de non-modification, légales ou individuelles. Avec la garantie légale, le droit acquis naît de la loi elle-même, au profit des agents auxquels cette loi s'applique. Dans le cas d'une garantie individuelle, c'est l'autorité de nomination qui, pour avantager un fonctionnaire en particulier, lui garantit l'intangibilité d'un ou de plusieurs de ses avantages. Cette garantie donne alors naissance à des droits acquis. Mais il est nécessaire qu'elle soit expresse, tant qu'il s'agit d'avantages, même exceptionnels, conférés en vertu d'une disposition du statut légal.

Après cette étude de l'application de la notion de droit acquis, selon les principes extraits de la jurisprudence fédérale, il nous reste à envisager cette question : sur quel fondement, la protection juridique des droits acquis des fonctionnaires est-elle établie ?

#### Section IV. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES

Tant que les droits pécuniaires des fonctionnaires furent considérés comme des droits privés, ils bénéficiaient tout naturellement de la protection accordées aux droits patrimoniaux individuels, c'est-à-dire de la garantie constitutionnelle de la propriété<sup>88</sup>. En effet, il est constant que, sur le plan constitutionnel, la notion de propriété doit être interprétée dans son sens le plus large et comprend alors tous les droits privés composant le patrimoine de l'individu.

Mais, après l'abandon de la théorie du rapport de droit mixte, lorsque le Tribunal fédéral reconnut aux droits pécuniaires des fonctionnaires la nature de droits publics, il en tira la conséquence que la garantie de la propriété, exclusivement applicable sur le terrain du

<sup>88</sup> Cf. Sonder, *Behörden und Beamte nach bündnerischen Staatsrecht*. Thèse Fribourg 1917, p. 103.

droit privé, ne recouvrait plus ces droits <sup>89</sup>. Dès lors, seul l'article 4 CF (égalité devant la loi) pouvait constituer un cadre constitutionnel au pouvoir de l'autorité législative de modifier la loi du service et, plus particulièrement, les droits conférés aux fonctionnaires. Selon la jurisprudence, ce principe constitutionnel, appliqué au domaine de la fonction publique, se bornait à exiger, d'une part, que les modifications apportées aux droits des fonctionnaires se justifient par des motifs d'intérêt public, d'autre part, qu'elles ne lèsent pas outre mesure les intérêts légitimes de ces derniers <sup>90</sup>. Telle était, dans l'imprécision de ses limites, la seule protection constitutionnelle offerte aux agents publics, quant à leurs droits contre l'Etat. Les recours formés par des fonctionnaires contre une modification de leurs droits n'allaient donc plus trouver leur fondement dans la nature même de ces droits, mais uniquement dans les motifs invoqués par l'autorité pour justifier la mesure prise. Le fonctionnaire se trouvait donc entièrement dans une situation statutaire.

Cependant, à l'occasion de l'arrêt Scacchi, du 27 octobre 1941 <sup>91</sup>, instaurant une jurisprudence devenue constante, le Tribunal fédéral admit néanmoins l'existence de droits acquis dans la situation juridique du fonctionnaire. On l'a vu plus haut, il s'agissait d'un recours formé par des fonctionnaires tessinois contre un abaissement du taux de leur pension. Or, la loi tessinoise sur les pensions contenait un article qui garantissait expressément les agents affiliés à la Caisse contre une telle mesure. Lié par cette garantie, l'Etat du Tessin n'était pas en droit de réduire le taux des pensions. Par conséquent, le droit des fonctionnaires à leur pension, devenant intangible, prenait le caractère d'un droit acquis. Sur la base de l'article 4 CF invoqué par les recourants, le Tribunal fédéral jugea la réduction inadmissible. Toutefois, admettant l'existence de droits acquis, il posa, sans se prononcer d'ailleurs, la question de l'application de la garantie constitutionnelle de la propriété <sup>92</sup>.

Cependant, si le bénéfice de la garantie de la propriété était refusé jusqu'alors aux droits des fonctionnaires, en considération de leur caractère de droits publics, une jurisprudence constante admettait, depuis longtemps déjà, l'application de ce principe constitutionnel à

<sup>89</sup> RO 50 I 75. Arrêt non publié *Sté des retraités*, du 4.11.1927.

<sup>90</sup> RO 50 I 77. Arrêt non publié *Sté des retraités*, du 4.11.1927.

<sup>91</sup> RO 67 I 177 = JT 1942 I 173.

<sup>92</sup> Il est vrai que le principe de l'inviolabilité de la propriété n'eut pas modifié essentiellement le sort du recours, puisqu'aussi bien l'acte violant ce principe viole *ipso facto* celui de l'art. 4 CF. Au surplus, la cognition du TF est la même (RO 69 I 240).

d'autres droits patrimoniaux individuels, fondés sur le droit public. Nous voulons parler des droits des concessionnaires, reconnus comme droits subjectifs et placés comme tels sous la protection du principe de l'inviolabilité de la propriété <sup>93</sup>. Rien ne justifiant véritablement cette distinction entre les droits des concessionnaires et ceux des fonctionnaires, les uns et les autres droits individuels et patrimoniaux, fondés sur le droit public, le Tribunal fédéral abandonna sa première jurisprudence, qui, dit-il, reposait sur un malentendu.

C'est ainsi que, dans deux arrêts du 6 mars 1944 <sup>94</sup>, le Tribunal fédéral reprend, à propos des droits acquis des fonctionnaires, le raisonnement qui l'avait conduit à appliquer la garantie de la propriété aux droits des concessionnaires. Il considère, en effet, qu'au regard de ce principe constitutionnel, la notion de « droits privés » ne doit pas se définir comme l'antithèse de la notion de « droits publics », mais bien dans le sens plus large de « droits patrimoniaux appartenant à une personne privée ». Ce qui est déterminant, pour l'application de la garantie de la propriété, ce n'est donc pas le fond du rapport de droit, qui peut ainsi ressortir au droit public, mais bien le fait que le titulaire du droit soit une personne privée : « ... pour tracer le cercle des droits garantis par l'inviolabilité de la propriété, il ne faut pas s'en tenir simplement à la délimitation de droit public et droit privé. La notion de droit privé doit être entendue dans le sens le plus large reçu à l'époque où la garantie a été instituée. Elle embrassait alors les droits patrimoniaux conférés par un acte unilatéral de l'autorité, lorsque ces droits avaient un caractère stable et qu'ils n'étaient pas accordés à titre d'autorisation en tout temps révocable. » <sup>95</sup>

Dans le rapport de service, il y aura lieu de distinguer les droits qui présentent ce caractère requis de stabilité. Ainsi, seuls les droits exceptionnellement reconnus comme intangibles, c'est-à-dire accompagnés d'une garantie spéciale légale ou individuelle, vont rentrer dans cette catégorie de droits privés *lato sensu* que protège le principe constitutionnel de l'inviolabilité de la propriété. En effet, ces droits, auxquels il faut ajouter, à notre sens, les droits spéciaux hors statut, créés directement par l'acte de nomination, prennent seuls le caractère de droits acquis. C'est ce que le Tribunal fédéral exprime d'ailleurs

<sup>93</sup> RO 34 I 131. — 38 II 737. — 48 I 604 — 57 I 210 = JT 1932 I 550, — 65 I 303 = JT 1940 I 53. — 68 I 167.

<sup>94</sup> RO 70 I 21 et arrêt non publié *Ladame*, SJ 1944 5.49. — Cf. Thilo, note au JT 1944 I 386.

<sup>95</sup> Arrêt *Ladame*, SJ 1944, p. 549. — Dans le même sens : RO 70 I 21. — Cf. également Affolter, *Die individuellen Rechte*, p. 22. — Imhof, op. cit., p. 282 a. Thilo, note au JT 1944, p. 386. — Bagi, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, p. 92.

expressément : « Soweit es aber an bestimmten Zusicherungen fehlt, kann die Eigentums-garantie nicht angerufen werden; denn aus dem Dienstverhältnis lassen sich dann nur diejenigen Ansprüche begründen, die dem jeweiligen Stande der Gesetzgebung entsprechen. » <sup>96</sup> La garantie spéciale de non-modification détermine donc le droit acquis, et le droit acquis appelle l'application de la garantie constitutionnelle de la propriété.

Lorsque les conditions nécessaires à la création d'un droit acquis sont réunies, le droit conféré au fonctionnaire va former une partie intégrante du patrimoine de son titulaire au même titre que tout autre droit patrimonial. Comme tel, il jouira de toute l'intangibilité reconnue au droit de propriété. Il convient d'examiner toutefois, dans le cas particulier des droits acquis des fonctionnaires, l'étendue de la garantie constitutionnelle.

Sans doute, il n'est pas contesté que la garantie de la propriété n'exclut pas, de façon absolue, toute ingérence des pouvoirs publics dans les droits patrimoniaux de l'individu. Pour mener à bien les tâches qu'il assume, l'Etat peut se trouver dans la nécessité d'empiéter sur le patrimoine privé des justiciables. Mais, sur ce point, un principe est constant : de telles atteintes à la propriété ne sont admissibles que dans la mesure où elles répondent à l'exigence d'un réel intérêt public <sup>97</sup>.

Les prétentions juridiques reconnues comme droits acquis ne sont donc pas à l'abri de toute modification dictée par l'Etat. Une atteinte aux droits acquis des fonctionnaires pourrait intervenir, justifiée par l'intérêt public. Théoriquement, du moins, car, toute réduction des avantages pécuniaires accordés aux fonctionnaires tend évidemment à diminuer les charges financières de l'Etat. Par conséquent, il ne s'agit jamais de l'intérêt public proprement dit, mais bien de l'intérêt fiscal de l'Etat. Or, selon une règle fondamentale, fermement établie par la jurisprudence fédérale, l'Etat n'est pas admis à se prévaloir de ses intérêts fiscaux pour justifier la violation de droits patrimoniaux individuels <sup>98</sup>. On peut remarquer en outre que, si une telle mesure était légitime, l'obligation dans laquelle se trouverait l'Etat d'indemniser les intéressés la rendait absolument inopérante. Car l'allégement qui en résulterait pour les finances publiques se verrait immédiatement annulé par le versement des indemnités.

<sup>96</sup> RO 70 I 23. — Dans le même sens : arrêts non pub. *Ladame*, du 4.3.44; *Maret*, du 13.7.1955; *Fédération du personnel*, du 18.10.50.

<sup>97</sup> Cf. *Bagi*, op. cit., p. 181 ss.

<sup>98</sup> RO 34 I 222. — 37 I 531. — 41 I 479. — 48 I 601 — 74 I 473 = JT 1949 I 636 (rés.).

Il apparaît ainsi que l'intangibilité conférée aux droits des fonctionnaires, lorsque ces droits sont munis d'une garantie spéciale, prend un caractère pratiquement absolu. Cette conséquence marque bien la portée de l'institution des droits acquis, appliquée au domaine de la fonction publique. De plus, elle souligne, de façon particulièrement frappante, toute la distance qui sépare cette institution de la théorie statutaire du rapport de service, désignant la fonction publique comme un service et non comme un métier et considérant le fonctionnaire comme un élément des organes de l'Etat, qualité qui justifie sa « participation à la bonne et à la mauvaise fortune de l'Etat »<sup>99</sup>. Ainsi, dans la mesure où l'on accorde aux agents publics le bénéfice de droits acquis, la fonction publique va tendre à se rapprocher du salariat et à perdre les particularités qui l'en distinguent traditionnellement.

Dans une section suivante, par l'examen de la protection constitutionnelle offerte à la situation des agents publics, en l'absence de toute garantie spéciale, nous mettrons en évidence la différence entre les droits statutaires et les droits acquis des fonctionnaires.

#### Section V. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE LA SITUATION DES FONCTIONNAIRES, À DÉFAUT DE DROITS ACQUIS

En l'absence de garanties spéciales, légales ou individuelles, le fonctionnaire ne saurait se prévaloir de droits acquis, partant du principe de l'inviolabilité de la propriété, contre une modification de sa situation. Nous l'avons remarqué, l'institution des droits acquis ne constitue qu'une exception, pratiquement très limitée, au régime juridique de la fonction publique. Mais, si la règle générale veut que le fonctionnaire se trouve dans une situation juridique objective, il n'en découle pas qu'il soit entièrement livré au bon vouloir de l'Etat et privé de toute protection de droit. En effet, les modifications de la situation des agents publics peuvent intervenir en tout temps par une revision des lois et règlements sur le statut des fonctionnaires; mais, comme toute mesure législative, elles doivent, pour être valides, s'inscrire dans le cadre des principes constitutionnels. Le pouvoir du législateur de modifier unilatéralement la situation des fonctionnaires ne va pas au-delà des limites

<sup>99</sup> Arrêt non pub. *Sté des retraités*, du 4.11.1927.

fixées par la Constitution, plus précisément par l'article 4 qui, d'une façon générale, s'oppose à toute inégalité de traitement et à tout abus de pouvoir. Ainsi, même en l'absence d'une garantie spéciale, le fonctionnaire est fondé à recourir, le cas échéant, contre une modification de ses avantages, si cette mesure viole le principe de l'égalité devant la loi : « Lorsqu'aucun engagement particulier n'a été pris par l'Etat, la protection constitutionnelle des droits des fonctionnaires se trouve à l'article 4 CF. » <sup>100</sup>

Quelle va être alors la portée réelle de cette protection ?

Dans une acception très générale, la jurisprudence considère comme contraire à l'article 4 CF, tout acte législatif qui ne se justifie pas par des motifs sérieux et objectivement admissibles ou qui est dénué de but ou de sens <sup>101</sup>.

Mais, appliquant plus précisément l'article 4 CF à la protection des droits des fonctionnaires, le Tribunal fédéral en a tiré les principes suivants :

« Ce que l'article 4 CF exige, c'est seulement, d'une part, que les changements apportés se justifient réellement par des considérations d'intérêt public et, d'autre part, qu'ils ne lèsent pas outre mesure les intérêts légitimes des fonctionnaires. » (RO 50 I 77) ;

« Sie (die Garantie der Rechtsgleichheit) schliesst es aus, dass in die Verhältnisse des in Ruhestand versetzten Beamten willkürlich eingegriffen, dass der Anspruch auf finanziellen Leistungen, der auf meist langjähriger Tätigkeit im Staatsdienst und zum Teil auch auf finanziellen Leistungen (Beiträge des Pensionierten selbst) beruht, ohne reichenden Grund abgeändert, nachträglich oder ungerechtfertigterweise im Werte herabgesetzt werden. » (RO 70 I 20) ;

« Weiter schliesst die Garantie der Gleichheit Massnahmen aus, die unsachlich oder stossend sind. » (RO 77 I 140) ;

« Cette garantie générale des citoyens s'oppose à tous les abus de pouvoir. Elle ne permet pas de modifier arbitrairement le statut des fonctionnaires mis à la retraite. Elle défend de supprimer ou même de modifier sans motifs suffisants leur droit à des prestations pécuniaires. » (SJ 1944, p. 550) ;

« Ce principe constitutionnel défend au législateur de modifier arbitrairement le statut des fonctionnaires, c'est-à-dire de prendre des mesures que ne justifierait pas la nature des choses ou qui frapperaient

<sup>100</sup> Arrêt *Ladame*, SJ 1944, p. 550. — Dans le même sens : RO 70 I 24. — Arrêt non pub. *Féd. du personnel*, du 18.10. 1950.

<sup>101</sup> Exemples : RO 61 I 92 = JT 1935 I 621. — 69 IV 95. — 77 I 107 = JT 1952 I 422. — 77 I 182. — 78 I 416 = JT 1953 I 337. — 80 I 138. — 80 I 234.

unilatéralement certains ayants droit pris individuellement ou certains groupes d'entre eux... Il faut que les sacrifices soient répartis équitablement. » (Arrêt non publié *Féd. du personnel*, du 19 octobre 1950.)

De ces quelques extraits de jurisprudence, il ressort que l'article 4 CF constitue une protection des droits des fonctionnaires :

a) contre une modification objectivement injustifiée de la législation en vigueur;

b) contre une diminution exagérée des avantages accordés jusqu'alors;

c) contre toute répartition inéquitable des sacrifices imposés.

Nous examinerons successivement ces trois éventualités.

ad a) Toute réduction des avantages accordés aux fonctionnaires doit reposer sur des motifs objectivement valables : c'est encore à la jurisprudence qu'il faut se rapporter pour préciser la portée de cette règle.

S'agissant d'une diminution des rentes servies par une caisse de pensions, le Tribunal fédéral regarde comme valablement motivée toute mesure tendant à un assainissement de la caisse. « L'article 4 CF, est-il dit dans l'arrêt Ladame <sup>102</sup>, n'empêche pas les mesures générales d'ajustement aux conjonctures nouvelles, lorsque par exemple les bases techniques d'une caisse de pensions se révèlent inexactes et qu'un redressement financier s'impose pour empêcher l'effondrement de l'institution. » <sup>103</sup>

Il n'est pas arbitraire, non plus, de diminuer, dans le cadre d'économies budgétaires, les prestations pécuniaires dues par l'Etat aux agents publics <sup>104</sup>. L'introduction d'une limite d'âge, immédiatement applicable à tous les agents en fonctions, fut également jugée conforme aux exigences de l'article 4 CF <sup>105</sup>. Edictée par le législateur genevois, cette mesure visait à supprimer un certain nombre de postes, dont les titulaires devaient être mis à la retraite par le jeu de la limite d'âge. L'Etat de Genève la justifiait par la nécessité d'alléger les finances publiques. Or, le Tribunal fédéral se refusa expressément à examiner le bien-fondé d'une telle justification <sup>106</sup>. Nous ajouterons que les nom-

<sup>102</sup> SJ 1944, p. 552.

<sup>103</sup> Cette phrase est textuellement reprise dans l'arrêt non publié *Féd. du personnel*, du 18.10.1950. — Dans le même sens : RO 70 I 23.

<sup>104</sup> « L'Etat de Genève traverse une crise financière qui justifie les sacrifices imposés aux fonctionnaires, dont les traitements ont subi une diminution de 10 %. » Arrêt non pub. *Sté des retraités*, du 4.11.1927.

<sup>105</sup> RO 50 I 69 = JT 1924 I 312.

<sup>106</sup> « En l'espèce, il est superflu d'insister sur la situation financière critique à laquelle l'Etat de Genève a été obligé de faire face et qui a provoqué l'ensemble des mesures dont fait partie celle qui fait l'objet des présents recours; les recourants prétendent, il est vrai, que la limite d'âge ne procurera pas d'économies appréciables,

breuses diminutions de traitements et de pensions intervenues entre 1926 et 1933, au préjudice de la généralité des agents publics, furent toujours motivées par la crise économique qui sévissait alors <sup>107</sup>. Aucune de ces mesures ne fut jamais déclarée inconstitutionnelle.

Situation critique des finances publiques, assainissement nécessaire d'une caisse de pensions, ces motifs seront toujours invoqués pour justifier une réduction des avantages pécuniaires accordés aux fonctionnaires. Dès lors, puisqu'ils sont admis, on peut considérer comme très relative l'efficacité de la protection offerte aux droits des fonctionnaires par l'exigence d'une justification objectivement valable, s'ils sont modifiés.

ad b) La seconde des règles découlant de l'article 4 CF exige une certaine mesure dans les diminutions qui peuvent frapper les avantages conférés aux fonctionnaires. Quand le préjudice subi par l'agent public peut-il être qualifié d'exagéré ? C'est évidemment une question de pure appréciation, qu'il n'est pas possible de résoudre *in abstracto*.

Le Tribunal fédéral a jugé, par exemple, à propos d'un recours contre l'introduction d'une limite d'âge, que les conséquences de cette mesure n'étaient pas excessives pour les agents mis immédiatement à la retraite, car ils étaient assurés d'une pension couvrant le 60 à 70 % de leur traitement <sup>108</sup>. « C'est là, dit le Tribunal fédéral, un tempérament essentiel qui enlève à la loi, dans la généralité des cas, tout caractère d'excessive rigueur. » Mais l'arrêt ajoute : « Si toutefois il arrivait que, dans des cas exceptionnels, il se révélât inopérant ou manifestement insuffisant à raison de circonstances particulières (fonctionnaire atteint par la limite d'âge avant d'avoir droit à une pension convenable), il appartiendrait à l'Etat de corriger par des mesures individuelles ce que l'introduction du nouveau système pourrait avoir de trop dur pour tels fonctionnaires déterminés. Sous cette réserve, qui ne concerne pas le fond de la loi, mais les modalités de son application, le grief d'inconstitutionnalité doit être déclaré mal fondé. »

mais, sur ce point, le Tribunal ne peut que s'en rapporter aux indications fournies dans la réponse du Conseil d'Etat qui affirme sa volonté de diminuer les dépenses actuelles en supprimant plusieurs places dont les titulaires seront mis à la retraite par le jeu de la nouvelle loi. » RO 50 I 77.

<sup>107</sup> A titre d'exemple, citons un extrait du message du Conseil fédéral à l'appui d'une mesure de réduction des traitements, celui du 2 sept. 1933 — FF 1933 II, p. 24 : « La situation de plus en plus critique des finances publiques et le recul du coût de la vie justifient que l'on prévoie une équitable diminution des traitements et salaires du personnel. »

<sup>108</sup> RO 50 I 78. — Selon la législation précédente, les fonctionnaires pouvaient rester en service aussi longtemps que leurs capacités le leur permettaient. Ils prétendaient y avoir un droit acquis ou, tout au moins, un droit acquis à leur plein traitement jusqu'à ce moment-là.

Le Tribunal fédéral n'a donc pas considéré qu'un préjudice portant sur 30 à 40 % du traitement était excessif <sup>109</sup>. Toutefois, il paraît disposé à déclarer inconstitutionnelle une diminution qui dépasserait cette mesure. Mais c'est une appréciation qui dépend évidemment de toutes les circonstances du cas d'espèce.

En tout état de cause, il semble bien que le Tribunal fédéral ne se résoudrait que difficilement à admettre comme exagérée, et par conséquent contraire à l'article 4 CF, une diminution des droits pécuniaires des fonctionnaires. Il faut considérer cependant que le législateur, obligé de procéder à une telle réduction, ne saurait dépasser certaines limites sans compromettre les fondements même du service public, partant toute l'organisation de l'Etat. Il y a certainement là un frein naturel au pouvoir du législateur de modifier unilatéralement la situation des fonctionnaires, frein plus efficace à coup sûr que l'article 4 CF.

ad c) Quant au principe d'une répartition équitable des sacrifices imposés aux fonctionnaires, il ne se révèle pas non plus d'une très grande portée pratique. Il ne va pas, selon la jurisprudence fédérale, jusqu'à imposer l'application de toute mesure de réduction à l'ensemble du personnel de l'Etat. Le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi ne s'oppose pas en effet à ce qu'une catégorie d'agents soit visée par de nouvelles dispositions; mais il exige seulement qu'une modification de la loi du service s'applique à tous les fonctionnaires rangés dans une même catégorie.

Ainsi, le Tribunal fédéral écarta un recours contre une loi genevoise qui réduisait les pensions versées aux seuls fonctionnaires mis à la retraite avant une certaine date. Une telle mesure ne constituait pas une inégalité de traitement, car « les recourants n'étaient pas en mesure de signaler qu'une catégorie quelconque d'autres fonctionnaires, se trouvant dans les mêmes conditions de fait, n'aient pas été atteints par une mesure analogue » <sup>110</sup>. Cependant, une telle discrimination entre différentes catégories de fonctionnaires doit, en regard des exigences de la Constitution, s'appuyer sur des « motifs plausibles » <sup>111</sup>.

Là encore, par l'imprécision des limites fixées au législateur — dont on est en droit d'attendre, pour le moins, des décisions motivées de façon plausible —, la protection offerte par l'article 4 CF aux droits des fonctionnaires ne saurait prétendre à une réelle efficacité. Prati-

<sup>109</sup> Ce cas constitue dans la jurisprudence, à notre connaissance, l'exemple de la plus forte réduction subie par les fonctionnaires dans leurs avantages pécuniaires, à la suite d'une modification de la loi du service.

<sup>110</sup> Arrêt non publié *Sté des retraités*, du 4. 11. 1927.

<sup>111</sup> Ibid. — En l'espèce, les diminutions ne frappaient que certaines pensions qui avaient bénéficié d'une substantielle augmentation, quelques années auparavant.

quement, il faut considérer que l'inégalité de traitement ne pourrait être invoquée avec succès qu'à l'encontre d'une mesure fondée, de façon patente, sur des critères artificiels et dirigée, en fait, contre un groupe déterminé de fonctionnaires qu'elle priverait induement d'une partie de leurs avantages. Seule donc, une mesure qui se présenterait comme un véritable règlement d'exception encourrait une annulation, fondée sur le principe constitutionnel de l'égalité de traitement.

\* \* \*

En définitive, on le constate, les garanties que les fonctionnaires peuvent trouver à l'article 4 CF, contre une modification de leurs droits statutaires, apparaissent singulièrement fragiles. Le cadre constitutionnel dans lequel la législation est appelée à se mouvoir doit être suffisamment lâche pour que l'adaptation des lois aux exigences variables de l'intérêt public n'en soit pas entravée. En outre, le Tribunal fédéral, soucieux de respecter la souveraineté cantonale, a toujours montré une certaine réticence à qualifier d'inconstitutionnel un acte législatif. Il limite ainsi son pouvoir d'examen aux cas particulièrement graves <sup>112</sup>. Il faut, dès lors, que le législateur méconnaisse délibérément ses devoirs élémentaires pour entacher ses décisions d'inconstitutionnalité. Seuls l'arbitraire et l'inégalité de traitement caractérisés encourrent la sanction de nullité. La simple injustice, si elle n'est pas particulièrement criante, ne constitue pas une violation de l'article 4 CF. En effet, la jurisprudence établit une distinction, d'ordre purement quantitatif d'ailleurs, entre les mesures injustes et les mesures arbitraires, les secondes seules étant considérées comme contraires au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi <sup>113</sup>.

Récemment, un professeur, porteur d'un brevet d'enseignement supérieur et engagé à ce titre pour enseigner dans une école de commerce, recourut contre une nouvelle réglementation qui introduisait une différence entre les traitements du personnel enseignant de l'école de

<sup>112</sup> On sait par ailleurs, que l'examen de la constitutionnalité des lois par le TF est limité aux textes cantonaux. Le justiciable n'a aucun moyen de droit pour faire constater par le juge l'arbitraire d'une disposition fédérale. Lorsqu'on parle de protection constitutionnelle des droits statutaires des fonctionnaires, il faut donc en exclure les agents de la Confédération, soumis au droit fédéral.

<sup>113</sup> «Denn willkürliche Rechtssetzung bildet ja, nachdem die Rechtssätze nicht an einer höheren Norm sondern mit dem Massstabe der Gerechtigkeit gemessen werden können, eine besonders intensive Art ungerechter Rechtssetzung, so dass hier zwischen willkürlicher und nicht willkürlicher ungerechter Gesetzgebung unterscheiden werden muss. Willkürlich kann nur mit anderen Worten jenes Gesetz sein, das einen hohen Grad von Ungerechtigkeit aufweist.» Fleiner/Giacometti, *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 414.

commerce et ceux des professeurs du gymnase. Faute de motifs valables, cette mesure était inconstitutionnelle, aux dires du recourant<sup>114</sup>. Le Tribunal fédéral admit qu'il y avait là une injustice, puisque des professeurs qui avaient les mêmes titres étaient traités de façon différente, mais il n'y vit pas une violation de l'article 4 CF : « Dass die Einreihung des Beschwerdeführers in die 2. Klasse unbillig, stossend ist, ist unbetreitbar (...) Indes kann eine derartige Unbilligkeit nicht einer Verfassungsverletzung gleichgestellt werden. » Tout en recommandant aux autorités compétentes de revoir le cas du recourant, le Tribunal fédéral ne put que rejeter le recours.

De fait, les fonctionnaires qui s'estiment l'objet d'une inégalité de traitement ou d'un acte arbitraire n'ont pas beaucoup à attendre de la protection de l'article 4 CF. C'est par le souci de ne pas empiéter sur la souveraineté des cantons que le Tribunal fédéral justifie cette interprétation restrictive du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi. Or, s'agissant de mesures touchant les fonctionnaires, c'est-à-dire l'organisation de l'administration publique, il semble que là, plus encore qu'en d'autres domaines, l'intervention de l'autorité judiciaire fédérale pourrait être considérée comme une immixtion dans les affaires internes d'un canton. Ainsi peut s'expliquer l'interprétation très large que le Tribunal fédéral donne au principe de l'égalité devant la loi, dans ce domaine. D'ailleurs, à notre connaissance, la jurisprudence fédérale n'offre aucun exemple de recours formé par des fonctionnaires, sur la base de l'article 4 CF, contre une modification de leur situation statutaire et qui, en l'absence de garanties spéciales, ait abouti.

## Section VI. CONCLUSION

Cette étude du problème des droits acquis des fonctionnaires, tel qu'il se pose et se résout dans notre pays, nous a permis de constater que cette institution s'inscrit tout à fait en marge des principes généraux régissant la fonction publique. S'opposant à une importante partie de la doctrine, le Tribunal fédéral s'est prononcé, dans une jurisprudence très ferme, pour une conception de la nature juridique de la fonction publique sensiblement analogue à celle qui est reçue en France : le fonctionnaire se trouve dans une situation légale et réglementaire,

<sup>114</sup> Arrêt non publié *Maret c. commune de Bienne*, du 13 juillet 1955.

déterminée par des règles de droit objectif, au maintien desquelles on ne lui reconnaît aucune prétention; toute modification des normes statutaires lui est donc immédiatement applicable, sans que l'Etat soit tenu de compenser par des indemnités le préjudice qui pourrait en découler.

Le Tribunal fédéral a cependant tempéré la rigueur de ces principes, en admettant exceptionnellement l'existence de droits acquis au bénéfice de fonctionnaires. Pour que se réalisent de tels droits, il exige alors que les avantages accordés soient protégés par une garantie expresse de non-modification. Cette garantie peut s'inscrire, soit dans la loi elle-même, soit dans l'acte de nomination d'un fonctionnaire en particulier. Ainsi soustraites à toute modification future, les prétentions juridiques des fonctionnaires contre l'Etat prennent le caractère de droits acquis. A ce titre, elles bénéficient, comme tous les droits patrimoniaux individuels, de la garantie constitutionnelle de la propriété.

Lorsque l'on cherche à cerner la notion de droit acquis, on aboutit souvent à cette tautologie : une loi nouvelle ne saurait apporter des modifications aux droits acquis; les droits acquis sont les droits soustraits à l'empire de la loi nouvelle <sup>115</sup>. Le Tribunal fédéral résout la difficulté en n'accordant la qualité de droits acquis qu'aux droits munis d'une garantie spéciale expresse. Ce n'est donc pas par sa structure intrinsèque qu'un droit revêt cette qualité, mais bien par cet élément extérieur, la garantie, que l'autorité publique accorde selon son bon vouloir. Mais ainsi, l'institution du droit acquis se trouve nettement délimitée dans son application. Il apparaît cependant qu'en réalité elle n'intervient que d'une façon très exceptionnelle dans la situation des fonctionnaires. En effet, le droit positif n'offre qu'un nombre excessivement restreint d'exemples de garanties spéciales légales. Pour leur part, les garanties individuelles, par leur but même, sont réservées à des cas tout à fait spéciaux, donc très rares.

Très généralement, les fonctionnaires n'auront aucun droit acquis à opposer à une revision de la loi du service modifiant leurs avantages. Ils ne trouveront alors de protection juridique que sur la base de l'article 4 CF, dans la seule éventualité où la mesure prise constitue un acte arbitraire ou une inégalité de traitement.

<sup>115</sup> Cf. Burckhardt, *Organisation*, p. 97. — Duez et Debeyre, *op. cit.*, p. 216.

## Chapitre V

### *LES DROITS ACQUIS ET LA STABILITÉ DE LA SITUATION DES FONCTIONNAIRES*

#### Section I. LE RÔLE DE L'INSTITUTION DES DROITS ACQUIS DANS LA STABILITÉ DE LA SITUATION DES FONCTIONNAIRES

Si l'on compare les acceptions dans lesquelles les termes « droits acquis des fonctionnaires » sont compris en Allemagne, en France et en Suisse, il ressort cette constante : l'institution est toujours conçue pour protéger les fonctionnaires contre les modifications de leur statut, que l'Etat imposerait unilatéralement. Elle se présente donc comme un élément de stabilité et de sécurité dans la fonction publique. Cependant, si le problème reste d'assurer aux fonctionnaires la protection juridique de leur situation, la notion de droit acquis trouve, dans chacun de ces pays, une application et un contenu différents.

En Allemagne, sous la République de Weimar, les droits acquis des fonctionnaires étaient reconnus et protégés par la Constitution elle-même. Dans son interprétation primitive, cette garantie constitutionnelle embrassait tous les droits, pécuniaires ou non, dérivés du rapport de service et admis au nombre des droits publics subjectifs. Il s'agissait ainsi de la plus haute protection dont pouvaient bénéficier les droits des fonctionnaires, hors d'un régime contractuel de la fonction publique.

Très rapidement, toutefois, il est apparu qu'une telle garantie liait l'Etat dans une mesure incompatible avec une saine gestion des affaires publiques. Dès lors, le principe de l'intangibilité des droits des fonctionnaires ne reçut pas une application absolue. De la règle de l'article 129 III WV, on ne tira que l'exigence d'une majorité qualifiée pour valider toute atteinte à ces droits. On a vu cependant par quel artifice le législateur s'est bientôt débarrassé de cet obstacle et comment la garantie constitutionnelle s'est rapidement vidée de sa substance, pour

ne plus assurer que le maintien de la fonction publique dans ses fondements traditionnels. Evidemment, l'affaiblissement de la protection constitutionnelle des droits acquis des fonctionnaires fut sensiblement accéléré par la crise économique qui sévissait à cette époque en Allemagne. Mais l'exemple n'en est que plus frappant pour démontrer que des garanties juridiques, même constitutionnelles, ne tardent pas à se révéler vaines devant les impératifs auxquels les circonstances politiques et économiques soumettent le législateur.

En France, la doctrine et la jurisprudence se sont avant tout attachées à donner à la fonction publique le régime qui réponde le mieux aux exigences de fait inhérentes aux particularités du service public. Cette vue plus réaliste des choses amena à considérer la situation juridiques des fonctionnaires comme entièrement statutaire, ce qui excluait, pour le personnel de l'Etat, toute prétention au maintien, pour l'avenir, des droits nés de la loi du service.

Toutefois, après service fait, lorsque les avantages qui lui sont conférés sont exigibles, le fonctionnaire devient titulaire d'un véritable droit de créance auquel l'Etat, débiteur, ne saurait apporter de modifications par une mesure unilatérale. A ce moment-là seulement, le fonctionnaire français peut prétendre à l'intangibilité de son droit. C'est donc dans cette acception particulière de « droit aux avantages immédiatement exigibles » que la notion de droit acquis intervient dans la situation de l'agent public.

Dans notre pays, c'est également une conception statutaire de la fonction publique qui devait l'emporter, tant dans le droit positif que dans la doctrine et la jurisprudence. En effet, on regarde très généralement la situation des fonctionnaires comme directement dépendante de la loi et du règlement. Toutefois, le législateur peut accorder aux droits des agents publics une stabilité accrue, par l'adjonction d'une garantie spéciale de non-modification. Une telle garantie se rencontre aussi sous la forme d'une clause de l'acte de nomination d'un fonctionnaire en particulier. Dans les deux cas, la jurisprudence considère l'Etat comme lié par ces garanties, créatrices de droits intangibles, donc de droits acquis.

Se fondant principalement sur la théorie statutaire de la fonction publique, le Tribunal fédéral a donc établi un système original, admettant l'existence de droits acquis issus du rapport de service, dans les cas exceptionnels où une garantie expresse accompagne les droits conférés aux fonctionnaires. Par conséquent, la position des agents publics face à une revision de la loi du service et dans l'hypothèse où cette revision est conforme aux exigences de l'article 4 CF, peut se présenter sous deux aspects : en règle générale, la nouvelle réglementation va s'appliquer

immédiatement à tous les agents en fonctions, sans que ceux-ci puissent se prévaloir de leur situation acquise; exceptionnellement, dans le cas où une telle mesure viendrait porter atteinte à un avantage expressément garanti, le fonctionnaire pourra exciper d'un droit acquis, protégé par le principe constitutionnel de l'inviolabilité de la propriété.

Telle que le Tribunal fédéral la conçoit, dans le cadre de la fonction publique, la notion de droit acquis est ainsi très nettement délimitée. Mais encore faudrait-il, pour qu'elle ait une réelle portée pratique, que les garanties spéciales fussent d'un usage relativement fréquent. Or, tel n'est pas le cas, tant s'en faut, et les exemples en sont particulièrement rares.

Ce rappel des tendances principales observées au sujet de la question des droits acquis des fonctionnaires est là pour mettre en relief cette constatation qui nous paraît s'imposer : quelles que soient les protections juridiques dont on désire entourer la situation des agents publics, celle-ci, en définitive, reste entièrement dépendante du législateur, lui-même dominé par les exigences des intérêts supérieurs de l'Etat. La fonction publique est instaurée essentiellement dans l'intérêt de la collectivité. Cet intérêt doit, dès lors, primer toute autre considération. Vouloir y opposer systématiquement les intérêts des fonctionnaires aboutirait à nier purement et simplement la mission de l'Etat.

Dans le message qu'il adressa aux Chambres à l'appui du projet de loi sur le statut des fonctionnaires, le Conseil fédéral s'exprima en ces termes <sup>1</sup> :

« Si l'engagement oblige l'Etat à certaines prestations et, en particulier, au versement d'un salaire, il impose, d'autre part, au personnel des obligations précises. La première d'entre elles, c'est de ne jamais se dresser en adversaires de l'intérêt public, qu'ils ont pour obligation à la fois de respecter et de défendre. L'administration, qui est créée pour le public, ne doit jamais être une arme que les fonctionnaires puissent retourner contre la collectivité. On a pu dire avec assez de raison qu'elle est un dépôt qui leur est confié dans l'intérêt de tous et dont ils doivent compte à la collectivité. Les intérêts du personnel sont respectables, mais on ne saurait songer à les laisser primer ceux des administrés. Le but auquel la charte du personnel doit tendre, c'est de concilier les uns et les autres. Fonctionnaires et employés ont dès lors l'obligation de remplir fidèlement et consciencieusement tous les devoirs de leur service. La sauvegarde des intérêts de la Confédération doit rester la ligne directrice dans l'accomplissement de leurs obligations <sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Message du Conseil fédéral du 18 juillet 1924. FF 1924 III, p. 5/6.

Pratiquement donc, il ne se révèle ni possible ni souhaitable d'accorder au fonctionnaire une stricte garantie d'intangibilité de sa situation. Le droit acquis, qui tend à assurer une telle garantie, manifeste ainsi son opposition avec les principes fondamentaux qui régissent la fonction publique dans sa conception actuelle.

Mais le Tribunal fédéral a pourtant admis l'existence de droits acquis, issus du rapport de service. On remarquera toutefois qu'il s'agissait chaque fois du droit à la pension et, de plus, que les exemples de garanties spéciales offerts par le droit positif ne concernaient également que ce droit. Or, il faut considérer que la question se présente ici d'une façon particulière.

En effet, les pensions n'émargent pas, le plus souvent, au budget général de l'Etat. Elles sont servies, au contraire, par des caisses spéciales jouissant généralement d'une autonomie juridique et financière, et alimentée en partie seulement par les deniers de l'Etat. Selon le système le plus répandu, la moitié de leurs ressources est constituée par les contributions des fonctionnaires eux-mêmes, qui sont capitalisées collectivement. L'organisation technique des caisses de pensions n'est pas sans analogie avec celle des assurances privées. Leur fonctionnement est basé sur des calculs actuariels, capables de prévoir à long terme aussi bien les apports qui leur seront fournis que les prestations qu'elles auront à servir. Enfin, le taux des pensions est parfois établi non pas par le pouvoir législatif, ou réglementaire, mais par les organes même de la Caisse <sup>2</sup>.

Par certains aspects, le droit à la pension reste donc en marge du régime strictement statutaire qui est celui des autres droits des fonctionnaires. On peut même soutenir à bon droit que la part de la pension qui représente la capitalisation des retenues de traitement fait l'objet d'un droit subjectif et par conséquent intangible <sup>3</sup>.

Dès lors, les particularités du droit à la pension permettent de justifier sa qualité de droit acquis, lorsqu'il se trouve accompagné d'une garantie spéciale. Mais, si l'on veut admettre des droits acquis dans la

<sup>2</sup> Il en est ainsi, par exemple, pour les pensions des fonctionnaires du canton de Lucerne. Cf. Statuts de la Caisse cantonale de pensions du 29 décembre 1951. Pour le personnel des CFF, le taux des pensions est également déterminé dans les statuts de la caisse, établis par le conseil d'administration des CFF (Statuts du 9.8.1950.)

<sup>3</sup> Dans les cas prévus par la loi pour une diminution de la pension, la possibilité est d'ailleurs le plus souvent exclue expressément de porter atteinte à cette part. Cf. par exemple art. 21 de la loi vaudoise sur les pensions (réduction dans le cas d'une activité lucrative du pensionné), et art. 53 (réduction de la pension comme sanction disciplinaire). Cf. également art. 31 du décret sur la caisse d'assurance de l'administration de l'Etat de Berne du 1.3.1954.

situation des fonctionnaires, la différence devrait être bien marquée entre la pension et les autres avantages statutaires. Pour nous, le cas du droit à la pension, lorsqu'une garantie spéciale en fait un droit acquis, est à envisager comme une exception à cette incompatibilité que nous reconnaissons entre l'institution des droits acquis et la fonction publique.

Le droit acquis est conçu pour assurer aux fonctionnaires le maintien des avantages de leurs fonctions. Appliquée systématiquement, cette institution aboutirait à une véritable pétrification de la fonction publique, de nature à compromettre dangereusement la bonne marche de l'administration<sup>4</sup>. Il est indispensable, dans la conception actuelle du service public, de reconnaître au pouvoir législatif la possibilité de procéder à l'adaptation de la loi du service, chaque fois que les circonstances exigent une telle mesure. L'administration publique faillirait à sa mission de servir la collectivité, si elle devait présenter, dans son organisation, une rigidité contraire à l'intérêt public.

Appliquée à la fonction publique, l'institution des droits acquis se manifeste aujourd'hui, de toute évidence, comme une survivance de l'ancienne théorie contractuelle du rapport de service. Cette théorie fut admise à l'époque où le contrat paraissait la seule forme juridique propre à exprimer le lien unissant les fonctionnaires à l'Etat. Les pouvoirs publics étaient alors obligés par les conditions offertes aux fonctionnaires, dont les droits étaient par conséquent acquis pour la durée de leur engagement. Cependant, le développement considérable des administrations publiques exigea bientôt l'abandon d'un système qui ne répondait pas aux particularités du service public. Parallèlement, les progrès du droit administratif permirent la construction juridique du rapport de service sur des bases nouvelles. C'est donc également sur des bases nouvelles que les agents publics vont trouver réellement la protection de leur situation acquise.

En effet, cette transformation ne devait pas amener à priver de toute garantie les avantages attachés à la fonction publique. Car, « si l'Etat a l'obligation de refuser aux fonctionnaires tout ce qui peut nuire aux intérêts du public, dont ils sont les serviteurs, il a par contre le devoir de leur accorder toutes les garanties professionnelles compatibles avec le bon fonctionnement des services publics »<sup>5</sup>. Il ne doit pas découler du caractère statutaire de la situation des agents publics et de l'absence de droits acquis dans le rapport de service que le personnel de l'Etat

<sup>4</sup> « Une stabilité absolue n'existe pas et ne doit pas exister; la notion de fonction publique s'y oppose; le fonctionnaire est fait pour la fonction et non la fonction pour le fonctionnaire. » Jèze, *Principes généraux*, II, p. 624.

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral du 18 juillet 1924, FF 1924 III, p. 6.

soit entièrement livré au bon vouloir du législateur. Car, si l'intérêt même du service public impose une relative souplesse dans le *status* des fonctionnaires, il apporte en même temps les nécessaires limites : d'une part, il s'oppose à ce que nous avons appelé la pétrification de la fonction publique, d'autre part, il exige la stabilité des emplois publics.

Dès lors, il est illusoire de se cantonner à la stricte théorie juridique : la stabilité de la fonction publique va trouver son fondement, non pas dans la nature juridique reconnue aux droits des fonctionnaires, mais bien dans la « nature des choses », dans la nécessité s'imposant à l'Etat d'assurer le fonctionnement des services publics dans les meilleures conditions. Cette question est ainsi bien davantage une question de politique législative que de droit positif.

Dans la section suivante, nous examinerons comment cette stabilité se réalise et quels sont les facteurs qui concourent à l'assurer.

## Section II. LA STABILITÉ DE FAIT DE LA SITUATION DES FONCTIONNAIRES

### § I. *Les limites naturelles au pouvoir du législateur*

Une certaine sécurité juridique doit nécessairement exister dans la situation du fonctionnaire, non seulement dans l'intérêt personnel de ce dernier, mais surtout en vue de la bonne marche des services publics. Nous avons constaté au début de notre étude que la stabilité de l'emploi constituait le plus puissant attrait de la fonction publique. De plus, c'est un élément indispensable à la continuité de l'action de l'Etat, continuité à défaut de laquelle les pouvoirs publics manqueraient à leurs tâches. La stabilité de la fonction publique se présente donc comme une nécessité de l'organisation et du fonctionnement de l'administration. C'est ainsi qu'elle n'a pas son origine dans la décision expresse ou implicite du pouvoir souverain ; elle est au contraire la conséquence naturelle des exigences de l'organisation administrative, ainsi que des principes élémentaires de justice qui dominent tous les rapports juridiques. A ce point de vue, on peut donc dire que l'intérêt du fonctionnaire et celui du service sont solidaires.

Lorsque l'on s'en tient au strict énoncé des principes de la théorie statutaire, le fonctionnaire paraît entièrement livré au pouvoir législatif. Toutefois, si les éléments du rapport de service et, en particulier,

les avantages accordés au personnel de l'Etat, sont déterminés de façon autoritaire par les pouvoirs publics, il n'en est pas moins vrai qu'en réalité, un certain nombre de facteurs interviennent, qui restreignent le pouvoir d'action unilatéral de l'Etat sur la situation de ses agents. La liberté de l'Etat est limitée, sous ce rapport, par la règle logique qui commande d'adapter les moyens à la fin que l'on se propose et également par un sentiment d'équité qui, dans tout rapport juridique, exige un équilibre raisonnable entre les apports des parties et condamne les arrangements où l'une des deux est, sans compensation, sacrifiée à l'autre.

Ainsi n'est-il pas possible à l'autorité d'établir les rémunérations des fonctionnaires sans tenir compte de certaines considérations de fait. Une constatation s'impose tout d'abord : l'Etat intervient sur le marché du travail comme un employeur ordinaire, puisque c'est le principe du volontariat qui préside au recrutement des cadres administratifs. Les conditions qu'il offre doivent donc lui permettre de rivaliser avec le secteur privé, de façon à attirer suffisamment de candidats capables; sinon, l'Etat risquerait de ne recueillir que des serviteurs de second plan, compromettant ainsi la pleine efficacité de l'administration publique. De plus, le rendement que l'on peut exiger du personnel dépend évidemment, pour une bonne part, de la rémunération accordée, tant il est vrai que le zèle au travail est le plus souvent fonction du profit qu'on en retire. L'administration courrait également le risque de voir ses meilleurs agents la quitter, s'ils sont insuffisamment rémunérés, pour trouver ailleurs un gain plus élevé. Une certaine équivalence des traitements des fonctionnaires et des salaires privés est donc indispensable pour assurer à l'administration un recrutement satisfaisant. Cet équilibre doit, de plus, se réaliser non seulement à la base, mais à tous les degrés de la hiérarchie des fonctions. En France, on remarque que, depuis 1950, en face de la hausse constante des salaires, l'Etat s'est contenté de ne revaloriser que les traitements les plus bas. Il s'en est suivi une évansion de nombreux hauts fonctionnaires vers le secteur privé, phénomène qui ne pouvait être que préjudiciable à la bonne marche des services publics <sup>6</sup>.

Ce sont là autant de facteurs que l'autorité publique doit nécessairement prendre en considération pour fixer le taux des traitements du personnel de l'Etat, tout en tenant compte, de plus, des facultés contributives de la collectivité.

Un autre aspect des nécessités pratiques qui viennent limiter le pou-

<sup>6</sup> Plantey, *op. cit.*, p. 315.

voir du législateur de modifier unilatéralement la situation des fonctionnaires concerne le droit de l'agent public à sa fonction. On ne peut guère contester à l'Etat le droit de réorganiser les services publics, de modifier ou de supprimer certains emplois. L'administration publique ne s'assure d'un bon fonctionnement que par une constante adaptation aux besoins du public. Pourtant, celui qui offre ses services à l'Etat le fait, le plus souvent, en vue d'un poste déterminé, correspondant à sa formation et à ses goûts. Il désire donc pouvoir compter dans une large mesure sur le maintien de ses fonctions. En outre, il faut remarquer que la nomination d'un fonctionnaire comporte l'attribution de compétences précises. Or, tant dans le public qu'à l'intérieur même de l'administration, il est important que l'on sache que tel fonctionnaire remplit telles fonctions, exerce telles compétences. Cela suppose donc une certaine continuité dans la titularisation des fonctionnaires. On peut encore ajouter que l'extrême spécialisation des administrations publiques exige du personnel une longue formation. C'est donc l'intérêt même de l'Etat de conserver ses agents le plus longtemps possible au même poste. Ainsi, bien qu'il ne soit pas possible d'ériger le droit à la fonction en un droit acquis sans compromettre l'indispensable souplesse des services publics, le pouvoir de l'Etat de modifier l'emploi se trouve limité par des nécessités de fait, touchant le recrutement et le rendement de l'administration<sup>7</sup>. C'est là véritablement que le fonctionnaire trouve les meilleures garanties du maintien de son emploi.

A maints égards, la stabilité de la fonction publique s'impose donc par elle-même. L'Etat ne peut ignorer ce principe. Généralement, il se montre d'ailleurs parfaitement conscient des impératifs qui viennent imiter la portée de son pouvoir juridique sur les fonctionnaires. Preuve en soient les très fréquentes dispositions protégeant les situations acquises.

## § II. *La protection des situations acquises*

Très souvent, lorsqu'une réglementation nouvelle vient s'appliquer à la fonction publique, on remarque que des dispositions transitoires sont édictées pour protéger les situations acquises<sup>8</sup>. Selon les principes

<sup>7</sup> Cf. notamment sur la question du droit à la fonction : M. Kilchenmann, *La révocation des fonctionnaires administratifs*, p. 40 ss.

<sup>8</sup> Exemple : art. 107 al. 1 du statut vaudois, qui dispose : « Les fonctionnaires en fonction au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi ont en tout cas droit au traitement toutes allocations comprises, dont ils bénéficiaient auparavant, quelle que soit la classe à laquelle leur fonction est attribuée. » Autres exemples : art. 123 et 124 de la loi vaudoise sur les pensions, du 12.12.1951.

de la théorie statutaire, il faut admettre que le législateur n'est nullement obligé, en droit, de prévoir de telles dispositions et qu'il peut imposer la nouvelle réglementation à tout le personnel de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent. En effet, si les situations sont acquises, elles ne le sont que *de facto* et non pas *de jure*.

Les dispositions qui viennent protéger les situations acquises ne doivent donc pas se confondre avec les garanties spéciales, créatrices de droits acquis et destinées à protéger, dans l'avenir, contre une modification de la loi, les avantages accordés aux fonctionnaires<sup>9</sup>. Lorsqu'on est en présence de droits acquis, point n'est besoin d'une disposition expresse pour les soustraire à une réglementation nouvelle. C'est leur essence même. En revanche, dans le cadre d'une mesure législative dont le but n'est pas de diminuer les prestations de l'Etat à ses agents, mais par exemple de réorganiser la loi du service, l'autorité se doit d'éviter toute conséquence indirecte qui pourrait en résulter, au préjudice de certains fonctionnaires. La garantie des situations acquises, inscrites dans les dispositions transitoires d'une loi, n'est là que pour manifester la volonté expresse du législateur de ne pas porter atteinte, par un effet indirect de la mesure prise, aux avantages dont bénéficient les fonctionnaires.

On ne saurait cependant voir dans de telles garanties de pures libéralités accordées par l'Etat à certains de ses agents. Au contraire, dans de nombreux cas, cette mesure est imposée par le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi. En effet, l'application pure et simple d'une nouvelle réglementation, sans qu'il soit tenu compte des conséquences indirectes qui peuvent en résulter dans certains cas particu-

<sup>9</sup> Une telle confusion semble ainsi apparaître dans la loi sur la caisse de pensions de l'Etat de Vaud, du 12. 12. 1951, dont l'article 124 porte en note marginale : « garantie des droits acquis ». Dans le cadre des dispositions transitoires, cet article garantit pour les pensions qui prennent cours dès l'entrée en vigueur de la loi et pendant une période de vingt ans, un montant minimum égal à celui qui fixait l'ancienne loi. Or, il ne s'agit assurément pas là de droits acquis, qui n'auraient d'ailleurs pas besoin d'être garantis, l'étant par définition, selon la conception admise par le TF. On n'est pas non plus en présence d'un simple rappel à l'autorité exécutive de droits précédemment garantis, puisque la législation ancienne ne contient aucune disposition qui puisse constituer une garantie spéciale. Il ressort au contraire de la lettre de cette disposition, comme des travaux préparatoires de la loi, que l'article 124 ne vise qu'à une simple mesure d'équité : dans le cadre d'une revision destinée à introduire un sensible relèvement des pensions, il était naturel de protéger ceux qui, exceptionnellement, auraient pu se trouver désavantagés par le jeu de la nouvelle loi. Dans la pensée du législateur, cette loi ne devait en aucun cas aboutir à une diminution de certaines pensions ; l'article 124 était destiné à prévenir cette éventualité. Mais il ne s'agissait aucunement d'honorer un engagement antérieur. Cette disposition ne vient donc pas garantir des droits acquis, mais garantir simplement un montant minimum pour les pensions, montant correspondant à celui qui était fixé par l'ancienne loi.

liers, est susceptible de constituer une violation de l'article 4 CF. On le sait, cette disposition constitutionnelle détermine les limites au pouvoir du législateur de modifier unilatéralement la situation des agents publics, en l'absence de droits acquis<sup>10</sup>.

Ainsi, une réorganisation des diverses classes de fonctionnaires ou de l'échelle des traitements pourrait défavoriser certains agents, par rapport à leur situation précédente. Or, dans ce cas, tel n'est pas le but immédiat poursuivi par l'autorité, telle n'est pas non plus l'exigence de l'intérêt public. De plus, seuls certains agents en subiraient un préjudice. Si l'on se souvient des règles d'application de l'article 4 CF que nous avons précédemment dégagées de la jurisprudence fédérale, il apparaît, dans une éventualité semblable, que la garantie du traitement acquis, et plus généralement de la situation acquise, se présente comme indispensable, en regard des exigences de cette disposition constitutionnelle.

Dans d'autres cas, en revanche, une telle garantie répond uniquement à un souci d'équité et d'opportunité, sans qu'on puisse y voir une obligation incombant au législateur. C'est ainsi qu'une loi genevoise du 20 mars 1937 excluait de l'administration cantonale toute femme au service de l'Etat, qui se mariait avec un fonctionnaire; toutefois, une disposition expresse exemptait de cette mesure toutes les employées engagées avant la promulgation de la loi. Or, le législateur genevois ne faisait qu'ajouter un cas à la liste légale des justes motifs de renvoi, liste en tout temps modifiable. Il pouvait donc juridiquement imposer l'application de cette règle sans restriction aucune. Il en fut ainsi notamment lors de l'introduction d'une limite d'âge<sup>11</sup>. Là également, il s'agissait d'un nouveau cas légal de cessation des fonctions. Dans le premier exemple cité, le législateur considéra l'intérêt de l'administration à une application générale et immédiate de la nouvelle loi comme moins important que celui des employées déjà mariées à rester en fonctions. Dans le second exemple par contre, la nouvelle loi tendait, dans le cadre de mesures d'économie, à supprimer un certain nombre de postes, dont les titulaires devaient être mis à la retraite par le jeu de la limite d'âge; elle devait donc entrer en vigueur sans aucune restriction.

En règle générale, une modification de la loi du service, conforme aux exigences de l'article 4 CF, est donc applicable à tous les agents en fonctions. Cependant, on constate que le législateur, mu par un souci

<sup>10</sup> Cf. *supra*, chap. IV, section V.

<sup>11</sup> Cf. *supra*, p. 100.

d'équité ou d'opportunité, protège souvent les avantages acquis *de facto* par les fonctionnaires, sous l'empire de l'ancienne réglementation. C'est là un facteur important de stabilité dans la situation des fonctionnaires. Mais il en est d'autres. L'Etat peut faire plus qu'éviter, en pratique, de porter atteinte aux situations acquises par les fonctionnaires : il peut restreindre lui-même, de façon définitive, son pouvoir de reviser la loi du service. A cette fin, il établira un statut légal de la fonction publique. En effet, la réunion des dispositions qui déterminent le rapport de service en un statut légal constitue pour les fonctionnaires une garantie non négligeable de sécurité pour leur situation<sup>12</sup>, et c'est une conséquence du principe de la légalité formelle.

### § III. *Le principe de la légalité formelle*

Les dispositions qui constituent le statut des fonctionnaires sont essentiellement modifiables; toutefois, elles le sont suivant une procédure plus ou moins complexe, selon leur position dans ce que la doctrine française appelle « la hiérarchie des actes-règles ». Plus on s'élève dans cette hiérarchie, depuis le règlement de service jusqu'au texte constitutionnel, et plus la revision se trouve entourée de conditions formelles, c'est-à-dire plus elle devient difficile. Or, en vertu du principe de la légalité formelle, une règle de droit ne peut être modifiée que par une autre règle de même valeur. Il n'est donc pas indifférent d'établir pour la fonction publique un statut légal plutôt que réglementaire. Car la sécurité juridique de la situation des agents publics sera renforcée dans la mesure où cette situation dépendra moins de règlements que de lois<sup>13</sup>.

De plus, par les débats contradictoires et par la publicité qu'elle impose, la procédure législative offre aux fonctionnaires l'occasion de faire entendre leur voix par l'intermédiaire de leurs représentants dans les parlements et de faire valoir leurs intérêts légitimes. Le fonctionnaire est donc mieux protégé contre l'action de l'autorité législative que contre celle de l'autorité réglementaire, qui ne lui offre pas cette

<sup>12</sup> Actuellement le personnel de la Confédération et celui de la plupart des cantons bénéficie d'un statut légal. Nous citerons pour exemple : Vaud, Fribourg, Berne, Lucerne. Dans d'autres cantons, toutefois, notamment Genève et Zurich, la situation des fonctionnaires est fixée par décrets du Conseil d'Etat.

<sup>13</sup> Ainsi, en France, une des principales revendications formulées par les fonctionnaires pendant de longues années fut l'obtention d'un statut légal. Jusqu'en 1941 en effet, les fonctionnaires français ne relevaient, quant à leur situation, que du pouvoir réglementaire, exception faite des officiers de carrière, des magistrats judiciaires, des conseillers d'Etat et des professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur, qui avaient obtenu auparavant un statut légal.

possibilité. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le personnel de l'Etat constitue une partie non négligeable du corps électoral, ce qu'aucun parlement ne saurait ignorer.

Lorsqu'on est en présence d'un statut légal de la fonction publique, le principe de la légalité formelle, dont les incidences se manifestent évidemment sur le plan politique plus que sur le plan juridique, constitue ainsi un élément important de la stabilité de la fonction publique. Il est, de plus, complété par le principe de la légalité matérielle.

#### § IV. *Le principe de la légalité matérielle*

Le statut des fonctionnaires est constitué par des normes de droit objectif, conçues de façon générale et impersonnelle, en vue de la bonne marche des services publics. Sauf garantie spéciale, l'agent n'est fondé à émettre aucune prétention juridique au maintien de ces règles. Toutefois, tant qu'elles restent en vigueur, il a le droit, lorsque son intérêt est en jeu, d'en exiger la stricte application par l'autorité exécutive. On peut même affirmer qu'il s'agit là d'un véritable droit subjectif. En effet, si le fonctionnaire n'a de droit aux avantages de sa fonction que par «*réflexe*» du droit objectif, selon la terminologie allemande, un recours juridictionnel doit être possible contre la violation de telles règles objectives. Car, comme tout citoyen d'ailleurs, le fonctionnaire a incontestablement un droit à la légalité, c'est-à-dire au respect de son statut <sup>14</sup>. Le principe de la légalité exprime la soumission de l'Etat au droit, à savoir cette obligation pour l'Etat d'observer strictement les règles de droit qu'il édicte <sup>15</sup>.

Lorsqu'il établit le statut des fonctionnaires, le législateur ne peut jamais ignorer les impératifs de stabilité qui découlent de l'essence même de la fonction publique. C'est la raison pour laquelle il y inclut toujours certaines dispositions destinées à donner aux fonctionnaires une relative sécurité quant à leur situation. Ainsi, un statut de la fonction publique se doit-il de comporter une liste exhaustive des cas dans lesquels un fonctionnaire peut être déplacé ou révoqué. De telles listes restent toujours sujettes à révision, mais dans la teneur fixée par le législateur, elles obligent l'autorité. L'agent qui s'estimerait l'objet d'une mesure injustifiée en regard de la loi est dès lors en droit d'actionner

<sup>14</sup> Cf. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 22 et 52. — Bonnard, *Précis de droit adm.*, p. 95 ss.

<sup>15</sup> Duguit, *Droit const.*, II, p. 174.

l'Etat en dommages-intérêts <sup>16</sup>. Le plus souvent d'ailleurs, ce droit de recours est expressément rappelé dans la loi <sup>17</sup>. En outre, le droit à une indemnité est généralement prévu dans le cas d'une suppression d'emploi <sup>18</sup>, dans celui de renvoi pour justes motifs, mais sans qu'il y ait faute de la part du fonctionnaire <sup>19</sup>. Il s'agit cependant, dans ces derniers cas, d'obligations que l'Etat assume, non pas comme une conséquence juridique de la rupture du rapport de service, mais de son propre chef, en vertu d'un devoir moral, basé sur l'équité et sur la nécessité de proposer aux candidats fonctionnaires une situation à l'abri d'une trop grande précarité. L'Etat, « solvable et honnête homme », ne saurait profiter de sa position de puissance publique dans le rapport de droit qui le lie au fonctionnaire pour refuser de se plier aux exigences de l'équité. Ce serait une politique des plus néfastes et qui, en définitive, ne manquerait pas de se retourner contre lui. Il n'en reste pas moins que le droit à de telles indemnités ne constitue en aucune façon un droit acquis pour le fonctionnaire. Il trouve son fondement uniquement dans la loi et, bien qu'il réponde à un sentiment de justice, le législateur garde, théoriquement du moins, le pouvoir d'en restreindre la portée, voire de le supprimer. Mais, tant que le droit à une indemnité, de même que n'importe quel autre droit conféré aux fonctionnaires, reste expressément prévu par la loi, l'Etat est obligé.

Les principes de la légalité matérielle et de la légalité formelle concourent ainsi à assurer au fonctionnaire l'indispensable sécurité de sa situation juridique. Mais d'autres facteurs doivent encore être pris en considération, ainsi : les associations de fonctionnaires et les commissions paritaires.

<sup>16</sup> Il faut remarquer qu'il s'agit là d'une voie de recours indirecte devant le juge civil, qui ne pourra pas modifier la décision attaquée, mais seulement allouer une indemnité. Après le recours hiérarchique, cette action est la seule voie de droit ouverte aux fonctionnaires, à défaut d'une juridiction administrative. Or une telle juridiction n'existe que pour les fonctionnaires fédéraux, devant la Chambre de droit administratif du TF (art. 12, al. 1, litt. a, 117-123 OJ) et pour les fonctionnaires de Bâle-Ville, seul canton qui a introduit un tribunal administratif. Cf. Kilchenmann, *op. cit.*, p. 151 ss.

<sup>17</sup> Ex. : art. 55.4 du statut des fonctionnaires fédéraux, art. 90 du statut des fonctionnaires vaudois.

<sup>18</sup> Art. 54 du statut des fonctionnaires fédéraux, art. 88 du statut des fonctionnaires vaudois.

<sup>19</sup> Cf. art. 71 et 90 du statut des fonctionnaires vaudois.

Dans la mesure où ce droit constitutionnel est compatible avec les devoirs particuliers inhérents à la fonction publique, les fonctionnaires jouissent de la liberté d'association <sup>20</sup>. Ils ont donc pu s'unir en de nombreux groupements, souvent fédérés entre eux, qui mènent une action efficace pour la défense de leurs intérêts. De cette façon, les agents publics ont la possibilité de faire entendre leurs revendications et de prendre parti en face de tous les projets législatifs les concernant. De plus, en tant qu'associations professionnelles, ces groupements sont reconnus habiles à ester en justice lorsque les intérêts communs de leurs membres sont en jeu <sup>21</sup>. Ils peuvent ainsi jouer le rôle d'un actif contrepoids, là où l'autorité tendrait à ignorer les intérêts légitimes des fonctionnaires.

L'activité des associations doit toutefois s'inscrire dans un cadre précis, celui que forment les devoirs particuliers incombant au personnel de l'Etat. Elle ne reste légitime que dans la mesure où elle ne compromet pas la bonne marche de l'administration publique, et par là, l'intérêt public. Toutefois, pour des groupements devenus trop forts, la tentation peut être grande de briser ce cadre pour se faire reconnaître des droits incompatibles avec la notion traditionnelle de fonction publique. Il en fut ainsi notamment en France où, dès le début du siècle, une véritable épreuve de force opposa le gouvernement et les groupements de fonctionnaires pour l'attribution du droit syndical à la fonction publique. Impuissant à parer au danger qu'il y avait de permettre « la constitution d'une sorte de gouvernement des fonctionnaires en face du gouvernement constitutionnellement établi » <sup>22</sup>, l'Etat « se laissa déborder » <sup>23-24</sup>, si bien que les syndicats de fonctionnaires, après avoir existé *de facto* pendant de nombreuses années, furent légalisés en 1946 <sup>25</sup>. Les conséquences en sont que les fonctionnaires, groupés

<sup>20</sup> Certains statuts de la fonction publique l'expriment expressément : cf. statut fédéral art. 13, statut vaudois art. 72, loi bernoise sur les rapports de service des membres des autorités et du personnel de l'administration de l'Etat de Berne, du 7.2.1954, art. 15.

<sup>21</sup> RO 50 I 69. — 54 I 24. — 64 I 149 = JT 1939 I 119. — 66 I 258 = JT 1941 I 26. — 67 I 185 = JT 42 I 180. — 73 II 67 = JT 1948 I 41. — RO 76 I 305. Arrêts non publiés : *Sté des retraités*, du 4.11.1927; *Fédération du personnel*, du 18.10.1950.

<sup>22</sup> Duguit, *Droit constitutionnel*, III, p. 265.

<sup>23</sup> Lefas, *L'Etat et les fonctionnaires*, p. 159.

<sup>24</sup> On trouve à ce sujet chez Balzac quelques vues prophétiques, que les faits n'ont pas été sans justifier dans une large mesure. Balzac, *Scènes de la vie parisienne*, *Les Employés*.

<sup>25</sup> Sur la question des associations et des syndicats de fonctionnaires en France, cf. notamment : Duguit, *Droit const.*, III, p. 235 ss. — Jèze, *Principes généraux*, II, p. 250 ss. — Plantey, *op. cit.*, p. 88 ss. — G. Morange, *Les grèves et l'Etat*, Dalloz 1947, p. 117. — R. Gringoire, *op. cit.*, p. 524.

en syndicats, peuvent s'allier au mouvement ouvrier et s'affilier aux grandes centrales syndicales, et surtout que le droit de grève, droit qui dénature dangereusement l'institution de la fonction publique, leur est reconnu <sup>26-27</sup>. Le droit de grève, dont la mise en œuvre peut porter les plus graves atteintes aux fondements mêmes de l'Etat, se présente en effet comme essentiellement incompatible avec les devoirs élémentaires assumés par les fonctionnaires <sup>28</sup>.

Les associations de fonctionnaires permettent de faire intervenir, sur le plan collectif, un élément dont les fonctionnaires sont privés sur le plan individuel : la négociation avec l'Etat. Cette négociation reste toutefois admissible dans la mesure seulement où les principes fondamentaux régissant la fonction publique sont respectés. Lorsque les groupements de fonctionnaires en viennent à imposer leur loi à l'Etat, c'est toute l'institution de la fonction publique qui est remise en question <sup>29</sup>. Mais, dans les limites qui leur sont imposées, les associations peuvent exercer une influence sensible sur la stabilité de la situation des fonctionnaires.

## § VI. *Les commissions paritaires*

Répondant à cette nécessité pour l'Etat de tenir compte, dans toute la mesure du possible, des intérêts légitimes des fonctionnaires, l'institution des commissions paritaires montre bien qu'en réalité l'Etat se doit d'apporter de sensibles atténuations à la rigueur de la théorie statutaire de la fonction publique. En effet, selon les principes admis, le fonctionnaire, engagé sur la base d'un acte administratif unilatéral et soumis à un régime statutaire, n'intervient en aucune façon dans la détermination des éléments du rapport de service. Cependant, les

<sup>26</sup> Le préambule de la Constitution de 1946 érige le droit de grève en un droit constitutionnel du citoyen, en disposant que ce droit s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. Il faudrait donc une disposition légale expresse pour en priver les fonctionnaires. Or, jusqu'à présent, de telles dispositions n'ont été édictées qu'à propos du personnel de la police et des compagnies républicaines de sécurité. Cf. Plantey, *op. cit.*, p. 94.

<sup>27</sup> Cf. E. Giraud, *Le déclin de la fonction publique*, dans *Evolution du droit administratif*. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, p. 259 ss.

<sup>28</sup> On considère en Suisse le droit de grève comme incompatible avec les devoirs particuliers des fonctionnaires. L'article 23 du statut fédéral notamment l'interdit expressément. Cf. à ce sujet : Fleiner, *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 260 ; Kilchenman, *op. cit.*, p. 107.

<sup>29</sup> Cf. Rivero, *Vers le déclin de la fonction publique*. Dalloz 1947, chronique p. 149.

commissions paritaires instituées par certaines législations <sup>30</sup> ont effectivement pour but de permettre aux fonctionnaires d'exposer leur point de vue, par l'intermédiaire de leurs délégués, et de participer aux travaux législatifs portant leur statut <sup>31</sup>. Ainsi, les fonctionnaires sont-ils admis officiellement à discuter avec l'autorité publique du contenu du rapport de droit qui les lie à l'Etat, sinon individuellement, du moins collectivement.

Toutefois, la fonction de ces commissions ne saurait être que consultative. De plus, elles sont constituées sous la forme de commissions paritaires, c'est-à-dire que les représentants des fonctionnaires en partagent les sièges avec ceux du pouvoir exécutif. Il n'en reste pas moins que de tels organismes, destinés à resserrer les liens entre l'autorité publique et le personnel administratif, sont capables de jouer un rôle important de régulateurs dans la situation des agents publics.

\* \* \*

De fait, on peut constater que le pouvoir juridique considérable détenu par l'Etat face aux fonctionnaires, selon la théorie statutaire, est efficacement contrebalancé par les divers facteurs énumérés ci-dessus. Les devoirs et les droits des fonctionnaires se présentent comme l'ensemble des conditions favorables à la bonne marche des services publics, conditions qui restent essentiellement variables. L'autorité législative doit conserver le pouvoir d'adapter en tout temps la loi du service aux circonstances du moment. Cependant, ce serait de sa part une faute lourde de conséquences d'en user sans tenir compte de tous les intérêts légitimes des fonctionnaires. Il ne tarderait pas à en résulter une grave désaffection pour la fonction publique, de nature à compromettre l'organisation même des pouvoirs publics.

Par les différents facteurs examinés ci-dessus et, plus généralement, par la nature des choses, par une nécessité fondée sur les principes élémentaires de justice et d'équité, le pouvoir discrétionnaire sur ses agents, reconnu à l'Etat par la théorie statutaire du rapport de service, se trouve ainsi singulièrement limité en réalité.

<sup>30</sup> Notamment : le statut des fonctionnaires fédéraux (art. 65-67), vaudois (art. 101-105), bernois (art. 19). Le statut français de 1946 a également créé un tel organisme, sous le nom de Conseil supérieur de la fonction publique. En revanche, cette institution n'est pas prévue dans la législation de cantons comme Genève, Zurich.

<sup>31</sup> A titre d'exemple : la commission paritaire fédérale est appelée à donner son avis dans les cas suivants (art. 66 al. 1 du statut) : a) sur les projets des dispositions d'exécution du statut légal, b) sur les propositions tendantes à modifier ou à compléter le statut ou les dispositions d'exécution, c) sur les questions de principe concernant le personnel et les salaires en général.

Dès lors, que faut-il penser de cette théorie, qui a constitué la base de départ de notre travail ? Telle est la dernière question que nous traiterons.

### Section III. LA THÉORIE STATUTAIRE DU RAPPORT DE SERVICE ET SON APPLICATION

Si l'on exprime le principe fondamental de la théorie statutaire du rapport de service de la façon suivante : *le contenu du rapport de droit liant le fonctionnaire à l'Etat résulte exclusivement des dispositions légales et réglementaires, telles qu'elles sont en vigueur*, il est évident, à la lumière des considérations auxquelles nous nous sommes livré, que cette affirmation renferme une équivoque.

On ne peut contester à l'Etat le droit de régler unilatéralement la situation de son personnel. L'efficacité de l'action de l'Etat dépend de sa constante adaptation aux besoins de la collectivité. Les intérêts individuels des fonctionnaires ne doivent pas faire obstacle aux exigences de l'intérêt public. Il est donc indispensable d'admettre une certaine souplesse dans la loi du service et, pour cela, de reconnaître à l'autorité législative ou réglementaire le pouvoir d'apporter au statut de la fonction publique toutes les modifications qu'imposent les circonstances. C'est à cet impératif que vient répondre la théorie statutaire du rapport de service en déniaut à l'agent public tout droit intangible, donc tout droit acquis.

De ce point de vue, la situation des agents publics semble dangereusement livrée au bon vouloir du législateur. Mais, en réalité, de nombreux facteurs s'unissent pour limiter de façon très sensible la possibilité de modifier les droits des fonctionnaires et garantir la stabilité des emplois publics, dans une mesure qui, en définitive, se révèle satisfaisante. Il apparaît donc excessif de prétendre qu'en dehors de la législation positive il n'existe aucune base aux obligations réciproques de l'Etat et de ses agents. Ce que le strict énoncé de la théorie statutaire peut avoir de choquant disparaît dès que l'on considère les principes supérieurs et les nécessités organiques du service public auxquels l'Etat doit nécessairement subordonner le droit de la fonction publique, et qui viennent ainsi limiter sa liberté d'action.

Dès lors, faut-il en déduire que la théorie statutaire ne rend pas entièrement compte du problème de la situation juridique des fonctionnaires à l'égard de l'Etat et pêche par insuffisance ? C'est la conclu-

sion à laquelle parvint notamment *M<sup>lle</sup> Bichoffe* <sup>32</sup>, pour en revenir cependant à une notion contractuelle du rapport de service. Nous l'avons dit au début de notre travail, notre propos n'est pas de rouvrir le débat sur la nature juridique de la fonction publique. Nous nous fonderons simplement sur la thèse de *M<sup>lle</sup> Bichoffe* pour constater que, si l'on rejette la théorie statutaire du rapport de service, on aboutit fatalement à une conception contractuelle de la situation des fonctionnaires. Or, les incompatibilités entre les notions de contrat et de fonction publique ont été amplement démontrées et cette conception est abandonnée, depuis de nombreuses années déjà, dans tout le droit positif continental <sup>33</sup>.

Evidemment, il faut admettre que la question de la protection des droits des fonctionnaires contre l'Etat ne trouve pas sa solution sur le terrain juridique uniquement et fait intervenir des facteurs politiques et des éléments de fait. Dans son énoncé, la théorie statutaire du rapport de service présente une évidente rigueur à l'endroit des fonctionnaires, rigueur qui de fait se trouve atténuée dans une large mesure. Son défaut est de ne pas établir de limites au pouvoir du législateur sur le *status* des fonctionnaires. Or, ces limites existent de par la nature des choses. L'intérêt même du service public intervient pour assurer la stabilité des emplois publics, formant ainsi un cadre naturel, mais effectif, au pouvoir théorique de l'autorité.

C'est dans ce cadre également qu'il faut situer les principes de la théorie statutaire. Elle en est inséparable. N'oublions pas que cette théorie est le fruit de l'école française dite réaliste. Il ne s'agit donc pas de la considérer pour elle-même, dans l'absolu, mais bien dans toutes les circonstances qui entourent son application. Ainsi, elle constitue le système qui, dans l'état actuel de la science du droit administratif, répond le mieux aux données réelles du problème de la situation juridique des fonctionnaires.

Contrairement à ce qu'affirmait *Burckhardt* <sup>34</sup>, l'absence de garanties juridiques formelles, protégeant les droits des fonctionnaires, n'a aucunement provoqué une désaffectation pour la fonction publique. L'adhésion des pouvoirs judiciaire et législatif à la théorie statutaire n'a compromis, en aucune façon, la sécurité juridique des agents publics dans leur position vis-à-vis de la collectivité publique qui les emploie. Sans qu'intervienne la notion de droit acquis, la stabilité de

<sup>32</sup> G. Bichoffe, *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat*. Thèse Nancy 1927, p. 65.

<sup>33</sup> Cf. R. Secrétan, *op. cit.*, p. 14.

<sup>34</sup> Burckhardt, *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten*, dans ZBJV 1928, p. 65.

l'emploi reste l'un des attraites les plus puissants de la fonction publique, contribuant ainsi dans une large mesure à assurer à l'Etat le recrutement du personnel dont il a besoin.

Si, du strict point de vue théorique, on compare la situation juridique du fonctionnaire et celle de l'employé privé, il est évident que ce dernier, lié à son patron par un contrat dont les clauses obligent l'une et l'autre partie, paraît considérablement avantagé. En réalité, il faut insister sur le fait que, si l'employeur privé n'a pas le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions d'engagement de son employé, il lui est en revanche facile, dans la majorité des cas, de résilier purement et simplement le contrat, quitte à proposer un nouvel engagement, mais sur d'autres bases. Là aussi, si l'on veut bien, la seule théorie juridique, prise pour elle-même, ne rend pas entièrement compte de la réalité.

Pour sa part, le fonctionnaire, dont la situation juridique apparaît comme précaire en regard de la théorie statutaire, bénéficie cependant de l'action de nombreux facteurs qui concourent à limiter les conséquences juridiques du rapport de subordination qui le lie à son employeur, l'Etat. Cette limitation, qui respecte le pouvoir souverain de l'Etat, constitue l'unique garantie — efficace, il est vrai — de stabilité pour sa situation. Car en définitive, on doit le constater, la position du fonctionnaire ne laisse pas d'être beaucoup plus ferme et assurée que celle de l'employé privé.

## CONCLUSION

Par cette étude, nous pensons avoir montré que l'institution des droits acquis ne recouvre pratiquement qu'une très mince réalité. Selon la conception actuelle de la fonction publique, conception commune à l'Allemagne, à la France et à la Suisse, la situation des fonctionnaires est considérée comme entièrement légale et réglementaire. Soumis à un statut de droit public établi unilatéralement par l'autorité, le fonctionnaire ne peut prétendre qu'aux seuls avantages que lui confère ce statut, tel qu'il est en vigueur. Dans les limites des dispositions constitutionnelles, l'autorité a la possibilité d'apporter à la situation des agents publics toutes les modifications qu'elle juge conforme aux exigences du service public. Dès lors, on peut poser ce principe général : le droit acquis n'existe pas dans la situation juridique des fonctionnaires.

Nous avons vu, cependant, qu'en exception au régime juridique normal de la fonction publique, le Tribunal fédéral reconnaissait l'existence de tels droits au profit des agents publics, lorsque ces derniers peuvent se prévaloir d'une garantie expresse de non-modification, légale ou individuelle, accompagnant les avantages qui leur sont conférés. Mais le procédé de la garantie spéciale reste d'un usage tout à fait exceptionnel. De plus, selon les conséquences logiques des règles fondamentales qui régissent le rapport de service, il ne devrait être admis, à la rigueur, que dans le seul cas du droit à la pension.

Le problème des droits acquis des fonctionnaires met en présence deux intérêts : d'une part, l'intérêt de l'agent public à pouvoir compter sur une situation offrant toute garantie de stabilité, d'autre part, l'intérêt de l'Etat à modifier la loi du service chaque fois que les circonstances l'exigent. A première vue, ces intérêts paraissent en entière opposition. C'est alors pour sauvegarder le premier que l'on met en avant l'institution des droits acquis. Or, nous avons été amené à constater que cette opposition est plus apparente que réelle et que la stabilité de la situation des fonctionnaires, impérieuse exigence de la bonne marche de l'administration publique, se réalise parfaitement par l'action de nombreux facteurs qui viennent imposer de très fermes limites au pouvoir théorique du législateur.

A l'instar de tout problème de droit, la question des droits acquis des fonctionnaires comporte à la fois un élément juridique et un élément social et politique, intimément liés l'un à l'autre. Si l'on en a longtemps cherché la solution en négligeant le second de ces éléments, nous devons admettre au contraire qu'il apparaît comme nettement prépondérant en l'occurrence.

Ce n'est donc pas dans la nature juridique de leurs droits qu'il faut rechercher le fondement de la sécurité dans la situation des fonctionnaires. La notion de droit acquis, appliquée à la fonction publique, ne paraît plus, dès lors, qu'une survivance de l'ancienne conception contractuelle du rapport de service.

Mais il est nécessaire que le fonctionnaire soit averti de la situation juridique qui est la sienne et qu'il sache que le statut légal dont il dépend peut subir des modifications dont il devra admettre les conséquences, sans pouvoir, dans la quasi-totalité des cas, se prévaloir d'un chimérique droit acquis.

## BIBLIOGRAPHIE

### *Principaux ouvrages consultés*

- AEPPLI, H. : *Der Lohnabbau im öffentlichen Anstellungsverhältnis während der Amtsdauer*, Zbl. 1922, p. 49.
- AFFOLTER, A. : *Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis*, Zurich 1911.
- *Eléments de droit public suisse*, trad. Edouard Georg, Berne 1918.
- ANSCHUTZ, G. : *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. VIII 1919*, 13<sup>e</sup> éd., Leipzig 1930.
- APPELT, W. : *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig 1920.
- AUBY, J.-M. : *Incompétence «ratione temporis»*, RDP 1953, p. 5-60.
- ARNDT, A. : *Das Reichsbeamtengesetz*, Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
- ASSMAN, H. : *Wohlerworbene Beamtenrechte*, Berlin 1925.
- BACHOF, O. : *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Rechte*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Munich 1955.
- BAECHLI, W. : *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag ?*, thèse Zurich 1934.
- BAGI, L. : *La garantie constitutionnelle de la propriété*, thèse Lausanne 1956.
- BERCHER, A. : *La nature juridique de la fonction publique*, thèse Lausanne 1935.
- BERTHELEMY, H. : *Traité élémentaire de droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris 1933.
- BEYERLE, K. : *Die wirtschaftliche Sicherstellung der Beamten in der Reichsverfassung*, Leipzig 1931.
- BICHOFFE, G. : *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat*, thèse Nancy 1927.
- BLUMENSTEIN, E. : *Das Recht des Beamten auf Ausübung seiner Amtsfunktionen*, Monatsschrift für bernische Verwaltungsrecht und Notariatwesen 1948, p. 97.
- BLUNTSCHLI, J.-K. : *Allgemeines Staatsrecht*, Stuttgart 1876.
- BONNARD, R. : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Etude de droit comparé, Paris 1934.
- *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1943.
- *Les droits publics subjectifs des administrés*, RDP 1932, p. 695-728.
- BONNEAU, H. : *La nature juridique du contentieux des traitements et pensions*, RDP 1947, p. 296-338.
- BOSC, A. : *Jurisprudence du Conseil d'Etat sur les avantages personnels attachés à la fonction publique*, RDP 1929, p. 448-475.
- BRAND, A. : *Das Beamtenrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin 1928.
- BRECHT, A. : *Fragen der Neuordnung des Beamtenwesens*, — Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten — Band 10, Neues Beamtentum, Francfort 1951 (cité *Neues Beamtentum*).

- BRIMO, A. : *Le fonctionnaire contractuel*, RDP 1944, p. 107-132.
- BUHLER, O. : *Altes und neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechten*, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Munich 1955, p. 269-286.
- *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
- BURCKHARDT, W. : *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten*, ZBJV 1928, p. 57.
- *Droit fédéral suisse, trad. Bovet*, Neuchâtel 1930-1935.
  - *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1931.
  - *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1944 (cité *Organisation*).
- DANIELS, H. : *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten in Theorie und Praxis*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
- DELBEZ, L. : *La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 463-499.
- DELEAU, M. : *L'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat*, thèse Paris 1933.
- DENNEWITZ, B. : *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, Vienne 1944.
- DUEZ, P. et DEBEYRE, G. : *Traité de droit administratif*, Paris 1952.
- DUGUIT, L. : *Traité de droit constitutionnel* (cité *Droit const.*), 3<sup>e</sup> éd., Paris 1928.
- *Etudes de droit public*, tome II: *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris 1903.
- EICKER, H. : *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten*, Beamtenjahrbuch 1924, p. 127; 1926, p. 15.
- ESCHER, H. : *Schweizerisches Bundesbeamtenrecht*, thèse Zurich 1903.
- FAVRE, A. : *Cours de droit public*, Fribourg 1954.
- FISCHBACH, O. : *Deutsches Beamtengesetz nebst Bundespersonalgesetz*, Frankfurt 1951.
- FISCHBACH, O. : *Korreferat für den 39. deutschen Juristentag*, Stuttgart 1951. Herausgegeben von der ständigen Deputation des deutschen Juristentages, Tübingen 1952 (cité *Juristentag*).
- FLEINER, F. : *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Zurich 1939 (cité *Institutionen*).
- *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923.
  - *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, Festgabe für P. Laband, Tübingen 1925.
  - *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen 1906 (cité *Umbildung*).
  - *Beamtenstaat und Volkstaat*, Festgabe für O. Mayer, Tübingen 1926.
- FLUCKIGER, P. : *Zur Rechtsstellung des Beamten*, ZBJV 1920, Bd. 56, p. 457.
- FORSTHOFF, E. : *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Munich, Berlin 1953.
- von FREYTAG-LORINGHOSEN, A. : *Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit*, Munich 1924.
- GAUDEMET, P.-M. : *Le statut des agents de l'Etat en Belgique*, RDP 1949, p. 326-349.
- GERBER, H. : *Vom Begriff und Wesen des Beamtentum*, AöR 1930, p. 1.
- GIACOMETTI, Z. : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Neuarbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zurich 1949.
- *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, Tübingen 1924 (cité *Über die Grenzziehung*).
  - *Gutachten an die Arbeitsgemeinschaft der Verbände des Personals der allgemeinen Bundesverwaltung*, Post-, Zoll- und Telegraphenzeitung 1941, n<sup>o</sup> 49, p. 431.

- GIESE, F. : *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Tübingen 1952.
- *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919*, 8<sup>e</sup> éd., Berlin 1931.
- GIRAUD, E. : *Le déclin de la fonction publique*, « *Evolution du droit administratif* », Etudes en l'honneur de M. Achille Mestre, Paris 1956 (p. 251-266).
- GREGOIRE, R. : *La fonction publique*, Paris 1956.
- GREEWE, H. : *Referat für den 39. deutschen Juristentag*, Stuttgart 1951. Herausgegeben von der ständigen Deputation des deutschen Juristentages, Tübingen 1952 (cité *Juristentag*).
- HAATSCHKE, J. : *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Berlin 1922.
- *Das Reichsstaatsrecht*, Institutionen des deutschen Staatsrechts 1, Berlin 1923.
- HAURIOU, M. : *Précis élémentaire de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris 1933.
- HELFRITZ, H. : *Grundzüge des Beamtenrechts*, Berlin et Vienne 1939.
- HENRY, A. : *Théorie de la stabilité des emplois publics*, RISA 1926, p. 16-29.
- HEYLAND, K. : *Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat*, Berlin 1949.
- HOHN, H. : *Das ausländische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, Berlin 1940.
- HUBER, H. : *Der Schutz der wohlerworbenen Rechte in der Schweiz*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Munich 1955, p. 457-468.
- HUBER, P. : *Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters*, thèse Zurich 1928.
- IMHOF, A. : *Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis*, ZSR 1929, p. 233 a - 445 a.
- JEANNEAU, B. : *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris 1954.
- JADESON-POTTHOFF, H. : *Rechtsprechung zum Beamtenrecht (1914-1926)*, Berlin 1928.
- JELLINEK, G. : *System der öffentlichen subjektiven Rechten*, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen 1905.
- JELLINEK, W. : *Verwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin 1931.
- JESS, A. : *Kommentar zum Grundgesetz*, Francfort 1950.
- JÈZE, G. : *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1930 (cité *Principes généraux*).
- *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris 1927.
- *Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 6<sup>e</sup> éd., Paris 1925.
- *L'entrée au service public*, RDP 1927, p. 387-441.
- KERN, Th. : *Das Dienstrecht des Bundespersonnals*, thèse Berne 1935.
- KILCHENMANN, M. : *La révocation des fonctionnaires administratifs*, thèse Lausanne 1945.
- KIRCHHOFER, E. : *Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung*, ZSR 1939 n. F. 58 1939 p. 139.
- KÖTTGEN, A. : *Beamtenrecht*, Breslau 1929.
- *Das deutsche Beamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin 1928.
- KRUEGER, H. : *Grundgesetz und Berufsbeamtentum*, Bayerische Beamtenzeitung, 10. Aug. 1950.
- LATOURNERIE, R. : *Etude de la classification des diverses situations juridiques*, RDP 1933, p. 327-370.
- LAUBADÈRE, de A. : *Manuel de droit administratif*, Paris 1951.

- LEFAS, A. : *L'Etat et les fonctionnaires*, Paris 1913.
- LOOSCH, G. : *Um die wohlerworbenen Rechte der Beamten*, Die öffentliche Verwaltung 1950, p. 495.
- LORÉTAN, R. : *Droit public et droit privé dans le service public*, thèse Lausanne 1937.
- MANGOLT, von H. : *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin et Francfort 1953.
- MAUNZ, T. : *Deutsches Staatsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Munich et Berlin 1954.
- MERKL, A. : *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1927.
- MEYER, G. - ANSCHUTZ, G. : *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 6<sup>e</sup> éd., Leipzig 1905.
- MEYER, G. : *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig 1895.
- MOLITOR, A. : *Réflexions sur la fonction publique dans l'Etat moderne*, RISA 1950, p. 241.
- MOLLER, H. : *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten und ihre Unverletzlichkeit*, Beamtenjahrbuch 1924, p. 295.
- NIPPERDEY, H.-C. : *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin 1928.
- OTT, H. : *Théorie juridique de la fonction publique*, thèse Lausanne 1915.
- PETERS, H. : *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949.
- PLANTEY, A. : *Traité pratique de la fonction publique*, Paris 1956.
- PLANIOI, M. et RIPERT, G. : *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1948.
- POETZSCH-HEFFTER, F. : *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. Aug. 1919*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin 1928.
- RICHHARDT, A. : *Die Gehaltskürzungen der Beamten im Lichte der Rechtssprechung und der Rechtslehre*, Berlin 1932 (cité Richhard).
- RIVERO, J. : *Vers la fin du droit de la fonction publique ?*, Dalloz 1947, chronique p. 149.
- ROLLAND, L. : *Précis de droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Paris 1947.
- ROUBIER, P. : *Les conflits de lois dans le temps*, 2 vol., Paris 1929.
- RUCK, E. : *Schweizerisches Staatsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1939.
- SCHMITT, K. : *Wohlerworbene Rechte der Beamten und Gehaltskürzungen*, DJZ 1931, p. 917.
- SCHNEIDER, H. : *Gefährdung des Beamtenrechtes in Gesetzgebung*, Berlin 1930.
- SCHROEDER, W. : *Die wohlerworbenen Rechte der Beamten in ihrer politischen und juristischen Bedeutung*, Berlin 1930.
- *Die verfassungsmässige Garantie der Institution des Beamtentums*, Berlin 1932.
- SECRÉTAN, R. : *La situation juridique des fonctionnaires*, co-rapport présenté à la Société suisse des juristes. Extrait der Verhandlungen des schw. Juristenvereins 1929, Lausanne 1930.
- SENN, H. : *Die rechtliche Natur des Pensionsanspruchs der Bundesbeamten, — angestellten, und — arbeiter*, thèse Zurich 1929.
- SILLIG, J. : *Contribution à l'étude du régime juridique des concessions, en droit suisse*, thèse Lausanne 1946.
- SONDER, J.-P. : *Behörden und Beamte nach bündnerischem Staatsrecht*, thèse Fribourg 1917.
- de SOTO, J. : *Les fonctionnaires contractuels*, « Evolution du droit administratif », Etudes en l'honneur de M. Achille Mestre, Paris 1956 (p. 493-512).
- STAINOF, P. : *Le fonctionnaire*, Paris 1933.
- TARDIEU, A. : *L'heure de la décision*, Paris 1934.

- THILO, E. : *Les droits acquis des fonctionnaires*, note au JT 1944, p. 386.
- TRIEPEL, H. : *Das preussisches Gesetz über die Einführung einer Altergrenze*, AöR 1921, p. 349.
- *Ein Eingriff in den wohlverworbenen Rechten der Beamten*, DJZ 1931, p. 1537.
- ULLMANN, E. : *Über die wohlverworbenen Beamtenrechte*, Beamtenjahrbuch 1925, p. 521.
- VOGT, E. : *Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektiven Privatrechten*, thèse Zurich 1909.
- WACKE, G. : *Entstehungsgeschichte und Inhalt des Artikels 33 Absatz 5 des Grundgesetzes*. — Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlichen Angelegenheiten. — Band 10, *Neues Beamtentum*, Francfort 1951 (cité *Neues Beamtentum*).
- WALDECKER, F. : *Entwicklungstendenzen im deutschen Beamtenrecht*, AöR 1924, p. 129.
- WALINE, M. : *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Paris 1946.
- *L'individualisme et le droit*, Paris 1945.
- *Traité élémentaire de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris 1952.
- WEGENER, W. : *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen/Kettwig 1947.
- WEBER, W. : *Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat*, Cologne 1952.
- *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen 1949.
- *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, Göttingen 1953.



## TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Abréviations . . . . .                                                                                    | 7  |
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                    | 9  |
| Chapitre I. NOTIONS PRÉLIMINAIRES . . . . .                                                               | 11 |
| Section I. Le fonctionnaire face à l'Etat . . . . .                                                       | 11 |
| Section II. La notion de droit acquis . . . . .                                                           | 15 |
| Chapitre II. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES<br>EN ALLEMAGNE . . . . .                               | 21 |
| Section I. Généralités sur la fonction publique en Alle-<br>magne . . . . .                               | 21 |
| Section II. Les droits acquis des fonctionnaires dans la<br>République de Weimar . . . . .                | 23 |
| § I. Sens et portée de l'article 129 III, dans son inter-<br>prétation primitive . . . . .                | 24 |
| § II. La garantie constitutionnelle des droits des fonc-<br>tionnaires, dans son application . . . . .    | 28 |
| § III. Evolution de la théorie des droits acquis des<br>fonctionnaires . . . . .                          | 31 |
| Section III. Les droits acquis des fonctionnaires dans la<br>République fédérale . . . . .                | 35 |
| Section IV. Conclusion . . . . .                                                                          | 38 |
| Chapitre III. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES<br>EN FRANCE . . . . .                                 | 40 |
| Section I. Généralités sur la fonction publique en France                                                 | 40 |
| Section II. La situation statutaire du fonctionnaire français                                             | 41 |
| Section III. La notion de droit acquis et son application à<br>la fonction publique . . . . .             | 46 |
| § I. Position de la jurisprudence . . . . .                                                               | 46 |
| § II. Position de la doctrine . . . . .                                                                   | 48 |
| § III. Une exception au régime général de la fonction<br>publique : les fonctionnaires contractuels . . . | 53 |
| Section IV. Conclusion . . . . .                                                                          | 54 |

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre IV. LES DROITS ACQUIS DES FONCTIONNAIRES<br>EN SUISSE . . . . .                                       | 56  |
| Section I. Généralités sur la fonction publique en Suisse .                                                    | 56  |
| Section II. La nature juridique des droits des fonctionnaires. Evolution du problème . . . . .                 | 57  |
| § I. Le rapport de service, rapport de droit privé . .                                                         | 58  |
| § II. Le rapport de service, rapport de droit mixte .                                                          | 59  |
| § III. Le rapport de service, rapport de droit public                                                          | 62  |
| A) Les thèses de la doctrine d'inspiration allemande . . . . .                                                 | 63  |
| B) La position de la jurisprudence fédérale . .                                                                | 68  |
| Section III. Les droits acquis des fonctionnaires dans la jurisprudence fédérale . . . . .                     | 71  |
| § I. Les garanties spéciales légales, créatrices de droits acquis . . . . .                                    | 72  |
| A) La nature des garanties spéciales . . . . .                                                                 | 72  |
| B) Les garanties spéciales et la théorie statutaire                                                            | 74  |
| C) Les garanties spéciales dans le droit positif                                                               | 75  |
| § II. Les garanties spéciales individuelles, créatrices de droits acquis . . . . .                             | 80  |
| A) Justification des conditions spéciales individuelles . . . . .                                              | 81  |
| B) L'exigence d'une garantie expresse pour réaliser le droit acquis . . . . .                                  | 81  |
| § III. Le droit acquis et le droit des avantages spéciaux                                                      | 82  |
| A) Le droit aux avantages spéciaux prévus par la loi . . . . .                                                 | 84  |
| B) Le droit aux avantages spéciaux hors statut                                                                 | 89  |
| Section IV. Le fondement constitutionnel de la protection des droits acquis des fonctionnaires . . . . .       | 94  |
| Section V. La protection constitutionnelle de la situation des fonctionnaires à défaut de droits acquis .      | 98  |
| Section VI. Conclusion . . . . .                                                                               | 104 |
| Chapitre V. LES DROITS ACQUIS ET LA STABILITÉ DE LA SITUATION DES FONCTIONNAIRES . .                           | 106 |
| Section I. Le rôle de l'institution des droits acquis dans la stabilité de la situation des fonctionnaires . . | 106 |

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section II. La stabilité de fait de la situation des fonctionnaires . . . . .         | 111 |
| § I. Les limites naturelles au pouvoir du législateur . . . . .                       | 111 |
| § II. La protection des situations acquises . . . . .                                 | 113 |
| § III. Le principe de la légalité formelle . . . . .                                  | 116 |
| § IV. Le principe de la légalité matérielle . . . . .                                 | 117 |
| § V. Les associations de fonctionnaires . . . . .                                     | 119 |
| § VI. Les commissions paritaires . . . . .                                            | 120 |
| Section III. La théorie statutaire du rapport de service et son application . . . . . | 122 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                  | 125 |
| Bibliographie . . . . .                                                               | 127 |

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN  
JUN MIL NEUF CENT  
CINQUANTE-SEPT SUR LES  
PRESSES DE L'IMPRIMERIE  
H. JAUNIN S.A., LAUSANNE





